

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ROBERTO MARTINS DOROCINSKI

O DIREITO AO SILÊNCIO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**CURITIBA
2013**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

O DIREITO AO SILÊNCIO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO MARTINS DOROCINSKI

DIREITO AO SILÊNCIO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

Membros convidados:

Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos
Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

*A Deus, a quem sempre recorro, seja
nos momentos difíceis ou nos de alegria, sendo
o fundamento e a razão de tudo, fonte de toda
minha inspiração.*

AGRADECIMENTOS

A vida nos reserva, diariamente, inúmeras surpresas, aventuras e obstáculos. Nem todas as diretrizes traçadas por Deus são facilmente compreendidas e aceitas por nós. Em muitos casos não nos cabe questionar ou reclamar e sim, simplesmente, lutar! Lutar com alegria, lutar com brilho nos olhos, lutar por um lugar aos céus. Por isso sempre devemos encarar os desafios e os obstáculos como oportunidades de amadurecimento e, sobretudo, de crescimento espiritual.

A vida nos foi dada como presente divino, e o mínimo que podemos fazer é encará-la com coragem e alegria. Venci mais uma etapa deste plano terreno, transcorri importante caminho, vivenciei ao máximo essa incrível experiência que foi a conquista diária do ensino superior.

Não foi fácil, não foi mesmo, mas também não posso dizer que não gostei. Todo o conhecimento adquirido foi de grande valia para lapidar os contornos do hoje eu me tornei: uma pessoa realizada. Mas essa batalha não venci sozinho, muito pelo contrário, como numa guerra vencida nas trincheiras, precisei de amigos, companheiros, irmãos.

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais e avós, que deram todo o suporte e toda a compreensão que alguém pode esperar. Uma página, um livro, uma vida, seria pouco para expressar a minha enorme gratidão. Por isso, saibam que nestas poucas palavras está o meu mais sincero e eterno Muito Obrigado. Em segundo lugar a Deus pelos momentos de tranquilidade e sabedoria nas escolhas que fiz durante essa caminhada. Deus é minha Luz, meu Guia, sem ele em meu coração eu não seria nada, seria apenas uma sombra vagando pela escuridão. Em terceiro lugar agradeço a todos aqueles que sempre torceram por mim e viveram comigo esse sonho: a conquista do ensino superior na melhor Universidade do Paraná.

Por fim agradeço a todos os mestres dessa brilhante Universidade que tanto me ensinaram sobre o Direito e, sobretudo, sobre a vida. Um especial agradecimento ao Professor Doutor Sérgio Fernando Moro, orientador desta monografia, pelos seus valiosos comentários e análises que tanto enriqueceram

meu trabalho e que lançaram as bases de todo conhecimento sobre Direito Processual Penal que possuo.

RESUMO

O Direito ao Silêncio foi contemplado em nosso texto constitucional, no artigo 5º inciso LXIII, sob a premissa de que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” Sob essa importante prerrogativa do investigado ou do acusado, a maior parte da doutrina pátria sobre o tema construiu verdadeiro direito genérico a não produção de provas contra si mesmo. Com base no seu histórico e em análises de ordenamentos jurídicos internacionais infere-se que o direito ao silêncio foi, desde o seu nascedouro, a prerrogativa do acusado ou do investigado de apenas permanecer em silêncio, ou seja, de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo perante as autoridades públicas no exercício de suas funções investigativas ou de julgamento. Tal característica está presente dentro do direito comparado de maneira historicamente correta, em outras palavras, sem desvirtuar as origens e os propósitos do instituto. Entretanto, no Brasil, o instituto possui contornos mais abrangentes e peculiares de forma a amplamente beneficiar e resguardar o réu de produzir toda e qualquer prova contra si mesmo. Os tribunais superiores brasileiros, a despeito de importante doutrina jurídica contrária a essa visão ampliada do instituto do silêncio, tendem a aceitar a aplicação desse direito genérico a não produção de provas contra si mesmo ao fixar limites amplos ao direito ao silêncio, sob o paradigma de uma construção da doutrina que não possui respaldo legal.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direito ao Silêncio. Prerrogativa do acusado. Direito genérico a não produção de provas contra si mesmo.

ABSTRACT

The privilege against self-incrimination is contemplated in our Constitutional text, in article 5º clause LXIII, under the assumption that: 'the prisoner will be informed of their rights, including the right to remain silent, being assured the assistance of family and lawyer.' From this important prerogative of the accused or investigated, most legal brazilian scholars of the topic built a real right of not to do any evidence against himself. Based on the historical of the subject and legal analysis of international law, we could infer that the privilege against self-incrimination, was, from its birth, the prerogative of the accused or investigated remain in absolut silent, in other words, not to be compelled to testify against himself in the face of public authorities in the exercise of his investigate functions. Such feature is present inside the comparative law in order historically correct, without distortin the origins and purposes of the institute. However, in Brazil, the institute is more extensive and peculiar in a way to protect the defendant to produce any evidence against himself. The brazilian superior courts, despite important juridical doctrine contrary to that ampliative view of the intitute of silence, tend to accept this right of not to do any evidence against himself under the paradigm of that doctrial construction without suport of the law.

Keywords: Federal Constitution. Privilege against self-incrimination. Prerogative of the defendant. Generic right of not to do evidence against himself.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO	11
1.1 AS RAÍZES HISTÓRICAS DO DIREITO AO SILÊNCIO NO CÓDIGO DE HAMURABI E NO DIREITO HEBREU	11
1.2 O SILÊNCIO NA SOCIEDADE GREGA E ROMANA	13
1.3 O PERÍODO MEDIEVAL E A GARANTIA DO SILÊNCIO	16
1.4 ORIGENS DO DIREITO AO SILÊNCIO NO FINAL DA IDADE MÉDIA, INÍCIO DA IDADE MODERNA E CONSOLIDAÇÃO NA IDADE CONTEMPORÂNEA.....	18
CAPÍTULO 2 – O DIREITO AO SILÊNCIO DENTRO DA SISTEMÁTICA JURÍDICA NORTE-AMERICANA, EUROPEIA E AMERICANA	23
2.1 O <i>PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION</i> NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE	23
2.2 O SILÊNCIO DO ACUSADO NO DIREITO ITALIANO	28
2.3 DIREITO AO SILÊNCIO E A SUA NORMATIZAÇÃO EM OUTROS PAÍSES EUROPEUS E AMERICANOS.....	29
CAPÍTULO 3 – DIREITO AO SILÊNCIO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	32
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DENTRO DO BRASIL	32
3.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	37
3.3 DIREITO AO SILÊNCIO E A DOUTRINA BRASILEIRA	41
3.4 DIREITO AO SILÊNCIO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ..	46
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo de normas. Normas que regulam comportamentos, encorajam determinadas condutas e repelem tantas outras. Normas que no seu âmago procuram delinear e construir, sobre tudo, uma paz social no seio da humanidade. Normas que tutelam direitos e garantias historicamente construídos e conquistados.

Nesse sentido, a Constituição Federal do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, por ser a Lei maior vigente em nosso país tem como principal objetivo assegurar que os direitos e garantias individuais dos cidadãos sejam amparados juridicamente para, então, buscar sua efetiva concretização.

Dentre o rol de direitos protegidos pela nossa Carta magna, está, no artigo 5º inciso LXIII, a prerrogativa do silêncio. Tal prerrogativa é sem dúvida instrumento fundamental para a instauração de um devido processo legal e para o próprio exercício da ampla defesa por parte do acusado ou do investigado.

Como será demonstrado através de estudos históricos e embasado em ordenamentos jurídicos internacionais, o direito ao silêncio foi por muito tempo entendido como o direito de permanecer calado, ou seja, literalmente o direito de permanecer em absoluto silêncio. Contudo, no Brasil, desenvolveu-se corrente doutrinária no sentido de criar um direito genérico de não produção de provas contra si mesmo a partir da garantia do mero e simples silêncio.

No decorrer das análises que serão expostas, pretende-se demonstrar a origem do silêncio enquanto garantia do indivíduo, sua aplicação em diversos países do globo e, sobretudo, como a jurisprudência brasileira vem tratando o tema. Para isso, diversos acórdãos dos tribunais superiores serão utilizados a fim de esclarecer qual direção jurídica está sendo efetivamente tomada.

CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO

1.1 AS RAÍZES HISTÓRICAS DO DIREITO AO SILÊNCIO NO CÓDIGO DE HAMURABI E NO DIREITO HEBREU

O direito ao silêncio, enquanto relevante garantia de proteção ao íntimo dos pensamentos do sujeito de direito, é uma garantia historicamente construída. Desse modo, uma compreensão adequada dos elementos e características dessa notável garantia passa, necessariamente, por um estudo da sua origem e evolução histórica.¹

Primeiramente cabe destacar que indícios do direito ao silêncio podem ser encontrados até mesmo no livro que mais influência exerceu, e tem exercido, em toda a história da humanidade, a Bíblia Sagrada. Em seu seio primitivo, não existia a exigibilidade do acusado confessar às autoridades públicas a prática de algum delito, ou seja, de exteriorizar o âmago dos seus pensamentos perante terceiros.² Pode-se constatar que já a Bíblia exigia um certo respeito à pessoa do acusado ao estabelecer que a prova testemunhal seria de fundamental importância na comprovação da autoria de crime atribuído a alguém.³

Contudo, as raízes do princípio *Nemo tenetur se detegere*⁴, cujo significado literal é o de que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, “qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua manifestação mais tradicional o

¹ HELMHLZ, R. H. **The privilege against self-incrimination**: its origins and development. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p.5.

² ALMEIDA, Angela Mendes de. **O gosto do pecado**: casamento e sexualidade nos manuais de confessores dos séculos XVI e XVII. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. p.11.

³ Conforme VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução de Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.90: “...observo que no texto sagrado não há nenhuma menção à tortura, e, pelo contrário, ao se prescreverem as práticas a serem empregadas com os réus, toma-se o caminho da prova a partir das testemunhas, e não se exige a confissão do réu.”

⁴ O princípio à não autoincriminação é também expresso por outras máximas como *Nemo tenetur ipsum accusare*, *Nemo tenetur edere contra se*, *Nemo tenetur se accusare*, *Nemo tenetur se ipsum*. *Nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *Nemo testis contra se ipsum*. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.2.

direito ao silêncio”⁵, nos remetem primeiramente ao direito hebreu e até mesmo ao Código de Hamurabi,.

Dentro do direito hebreu, já em meados do século III a.C., existia o entendimento de que a Deus pertencia a vida do homem e, assim, uma eventual confissão por parte do acusado que resultasse em pena capital seria considerada como uma forma de suicídio indireto. Não sendo possível ao homem dispor de algo que não lhe pertence, a sua própria vida, restaria incongruente admitir-se que através do interrogatório o indivíduo pudesse se autoincriminar e selar, pelas próprias forças, o fim da sua existência terrena.⁶ Nesse sentido, Jorge Alberto Romeiro aduz que no direito hebreu a confissão proferida pelo acusado seria “(...) aberrante da natureza humana, ou decorrente de um estado de loucura transitória.”⁷

Ademais, o Código acima referido, escrito, aproximadamente, entre 1726 e 1686 antes de Cristo, além de possuir importância ímpar por ser a codificação na qual pela primeira vez na história da humanidade direitos como à honra, à vida, à propriedade e à vida obtiveram certa proteção, não exigia em momento algum a confissão do acusado⁸, sendo que na ausência de meios probatórios como testemunhas ou documentos, o acusado deveria fazer um juramento em nome de Deus e expor a sua versão dos fatos como manifestação de defesa à acusação imposta⁹. Importante destacar que a ele não era cominada legalmente nenhuma espécie de coação física, subentendendo-se que o acusado não era obrigado a se autoincriminar, confessando a prática de algum ato à margem da lei ou dos bons costumes.

Portanto, práticas de tortura não eram aceitas em hipótese alguma para se obter a confissão, o que ocorria na realidade era simples coação moral para se dizer a verdade, visto que o acusado deveria prestar juramento. Por não exigir legalmente a confissão ou que o corpo pagasse por ela, pode-se vislumbrar no Código de Hamurabi um significativo avanço para os costumes da época, e a mais rudimentar

⁵ QUEIJO, op. cit. p.4.

⁶ COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p.30.

⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Oficinas Alba Gráficas, 1942. p.20.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998. p.24-25.

⁹ PEREIRA, Gisele Mendes. **O silêncio do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2001. 211f. dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.10.

das formas que o princípio *Nemo tenetur se detegere* haveria por possuir ao longo da história.

1.2 O SILÊNCIO NA SOCIEDADE GREGA E ROMANA

A sociedade grega, apesar de grandes avanços nas áreas da filosofia, política, ciências e do próprio direito, não via no silêncio do acusado uma prerrogativa do cidadão grego. Na medida em que o acusado e as testemunhas do fato eram obrigados a comparecer ao julgamento para depor, mediante juramento de dizer a verdade e, no decorrer dos tempos, mediante métodos de tortura¹⁰, verifica-se que o direito ao silêncio não foi incorporado à vivência normativa e prática grega. Com efeito, o juramento de dizer a verdade também era necessário ao interrogatório previsto no Código de Hamurabi, no entanto, ao delinear que a verdade dos fatos, através do depoimento do réu ou de testemunhas, seja escravo, seja homem livre, poderia ser obtido por meio de métodos de tortura¹¹, resta claro que o direito ao silêncio não existia para o ordenamento jurídico grego, pois aplicava-se a tortura como método de obtenção da confissão.¹²

No direito romano o tema sofreu inúmeras modificações. O tratamento imposto ao acusado, às normas concernentes ao processo de investigação e punição, assim como aos direitos envolvidos e a sua devida regulação, sofreu diversas modificações com o passar dos tempos e dos regimes de governo adotados por tal sociedade.

A visão da sociedade grega acerca do direito ao silêncio pode ser verificada também dentro do direito romano pré-clássico. Nesse período de desenvolvimento de consciência jurídica por parte dos romanos, o acusado devia prestar juramento perante seu inquisitor e, em eventuais contradições ou omissões por parte do acusado, o sistema permitia a aplicação de multas, tortura ou até mesmo da restrição da liberdade através da prisão.¹³ Entretanto, a generalização do uso da

¹⁰ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Oficinas Alba Gráficas, 1942. p.23-24.

¹¹ PEREIRA, Gisele Mendes, op. cit. p.10.

¹² ROMEIRO, op. cit. p. 10-11.

¹³ COUCEIRO, J. C. op. cit. p.34.

tortura atribui-se à corrupção do sistema romano originário¹⁴, pois eles acreditavam firmemente que os deuses protegeriam os inocentes, incluindo os que na terra sofressem injustiças e até mesmo mágoas físicas.¹⁵

Desse modo, no período da monarquia (753 a 509 a.C.), cabia ao Rei de Roma o julgamento das questões penais da época e muito pouco chegou até nós dos métodos utilizados nesse intervalo de tempo da história romana. Devido às características do processo romano daquele período, amplos poderes discricionários ao julgador no seu trabalho de cognição em busca da verdade material¹⁶, justifica-se dizer que o direito ao silêncio não encontrava terreno propício para prosperar. Assim sendo, não havia limitações ao poder de julgar¹⁷ e nenhuma garantia era dada ao acusado¹⁸, o que nos leva a crer que o silêncio do acusado não era entendido como um direito, mas como confissão de culpa.

Durante o período da República (509 a 27 a.C.) o poder do Rei passou para as mãos do Povo, consubstanciado no Senado romano, sendo papel dos cônsules o julgamentos das questões de jurisdição criminal.¹⁹ Alguns avanços na área do direito podem ser vislumbrados com o surgimento da *Lex Valeria de provocatione* e uma separação entre as funções de acusar e julgar – ocorrida apenas nos últimos séculos da República. Havia sido instaurado, portanto, um verdadeiro sistema acusatório, cujas características eram a oralidade, publicidade, igualdade entre as partes, separação das funções de acusador e julgador, o que permitia certa imparcialidade.²⁰ No entanto, foi durante esse período que Roma viu nascer as raízes dos problemas que iriam lhe custar a sua magnitude, pois a grandeza de Roma era propriedade coletiva da classe governante e do grupo senatorial dirigente.²¹

Por fim, no período do Império, (27 a.C a 476 d.C), Roma ficou marcada por inúmeras situações de crise interna e externa, como a escassez de escravos e a proliferação de um funcionalismo público notadamente corrupto e ineficaz. Os

¹⁴ VERRI, Pietro. op. cit. p.106.

¹⁵ VERRI, Pietro. op. cit. p.109.

¹⁶ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973, p.47.

¹⁷ PEREIRA, Gisele Mendes. op. cit. p.28.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. v.I. p. 72-73.

¹⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. v.1. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1959, v.1, p.27-28.

²⁰ BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981. p.18.

²¹ LE ROUX, Patrick. **O Império Romano – Onde a vida pública era privada**. 1ª ed. 2009. p, 103.

nobres romanos distinguiram mal funções públicas e dignidade privada, finanças públicas e bolsa pessoal, as funções públicas eram tratadas como dignidades privadas e o acesso a tais dignidades passava por um elo de fidelidade privada.²²

Muito dinheiro público escoava pelo ralo improdutivo da corrupção e diversas crises sociais eclodiram, dificultando a administração de tão vasto Império e aumentando sensivelmente a criminalidade.

Os julgamentos – via de regra secretos e não contraditórios - agora eram instruídos por uma policia oficial de funções judiciárias, que se estruturou de maneira centralizada e dizia agir, formalmente, em nome do povo.²³

Desse modo, a publicidade e a oralidade sofreram duro golpe, estabelecendo-se neste ponto da história jurídica romana a influência do direito canônico no processo criminal.²⁴ A situação do acusado se agravou no baixo Império quando a tortura, anteriormente só aplicada a escravos, considerados pelos romanos como propriedade (como coisa) é banalizada. Nesse momento, a tortura (quaestio²⁵) podia ser aplicada a testemunhas falsas ou a reticentes.²⁶

Portanto, o processo criminal durante o período do Baixo Império Romano deixou de lado as conquistas concernentes ao direito do período da República e se aproximou do que era empregado na época da Monarquia Romana.²⁷

Segundo PEREIRA²⁸:

“No que concerne ao privilégio contra a autoincriminação, apesar de haver indícios de sua observação durante o período republicano, percebe-se claramente que ele foi sacrificado durante o Baixo Império, haja vista o retorno do emprego da tortura, instituto que, por motivos óbvios, nega o direito do acusado de se calar. A tortura, desse modo, era prática aceita pelos romanos para se obter do acusado a confissão.”

²² LE ROUX, Patrick. op. cit. p. 103.

²³ ALMEIDA JÚNIOR. op. cit. p. 38.

²⁴ ALMEIDA JÚNIOR. op. cit. p. 46.

²⁵ Conforme VERRI: “A quaestio é a busca da verdade por meio do tormento, ou seja, da tortura...” (VERRI, op. cit., p.77).

²⁶ BARREIROS. op. cit. p.19.

²⁷ BARREIROS. op. cit. p.19.

²⁸ PERREIRA. op. cit. p.14.

1.3O PERÍODO MEDIEVAL E A GARANTIA DO SILÊNCIO

Em meados do século IV, Roma vê seu império ruir e as crises se alastrarem. O antigo domínio que suas tropas exerciam sob a Europa Ocidental, Oriental e em parte do norte da África se enfraquece. A situação caótica chega ao seu desfecho em 476 depois de Cristo quando os povos bárbaros invadem a capital de Roma e toda uma organização político-administrativa em torno de um Imperador é transformada e dominada por outras civilizações²⁹. As questões criminais, de um modo geral, ganham um tratamento mais rigoroso e punitivo.

Tal fato pode ser vislumbrado quando se verifica que as penas a serem aplicadas e as provas admitidas variavam conforme o grupo social a que pertencesse o acusado, sendo que as penas poderiam compreender mero pagamento em pecúnia, como a sujeição do indivíduo à escravidão, amputação de membros ou até mesmo a decretação da pena Capital.³⁰ E com relação às provas a serem utilizadas, estas eram enquadradas em três categorias distintas: a dos tormentos, a dos testemunhos e as dos Juízos de Deus.³¹ A grande maioria da população, aquela que não possuía títulos de nobreza ou qualquer outra garantia especial, geralmente em questões criminais era arguida através dos Juízos de Deus, também denominados de ordália, ou através dos tormentos, de uso restrito aos crimes capitais.

Com TOURINHO FILHO³²:

“Os Ordálios eram denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado. Submetia-se o pretendo culpado a uma prova, como passar com os pés descalços sobre um ferro em brasa, para aferir a sua responsabilidade.”

Segundo ALMEIDA JÚNIOR³³: “Os tormentos eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de tratos do corpo. Ao próprio trato chama-se tortura.”

²⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1995. p.127.

³⁰ BARREIROS. op. cit. p. 21-25.

³¹ GILISSEM. op. cit. p. 715-716.

³² TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª edição. Revista e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. Editora Saraiva, p. 577.

Já os Juízos de Deus eram praticados de diferentes formas, o juramento era destinado aos nobres e altas figuras públicas, o duelo aos cavaleiros e as ordálias para o povo em geral³⁴. Com relação a essa última categoria, elas infligiam terror carnal e psicológico ao acusado, na medida em que se objetivava a confissão do réu por meio da prova do ferro quente ou da água quente.³⁵ Desse modo, é possível afirmar que os povos bárbaros desconheciam qualquer garantia que pudesse ser denominada como proteção ao silêncio do acusado, visto que a confissão era extremamente valorizada. Durante o interrogatório, havia a obrigação de responder, não havendo terreno propício, portanto, para o florescimento do direito ao silêncio.³⁶

Na época, vigorava o argumento de que tais meios de provas deveriam ser utilizados por possuírem divina infalibilidade, pois dependiam estritamente do acaso ou da natureza, sistemas naturais controlados diretamente por Deus³⁷ e sendo o ente divino um ser justo e onipresente, traria justiça para o caso concreto presente nas ordálias. Desse modo, os Juízos de Deus, ao serem comparados com as provas romanas, eram caracterizados por certa dose de irracionalidade³⁸ ao deixar o próprio resultado ao acaso, sem qualquer modo razoável de previsibilidade.

O caráter inquisitorial da sistemática jurídica desse período foi amplamente defendido pela Igreja Católica, instituição que assumiria papel fundamental e central na construção de toda mentalidade social e jurídica da Idade Média, em especial na Alta Idade Média.³⁹ Por ser a única instituição de poder que manteve certa organização e respeito social, a Igreja Católica com facilidade impôs seu direito próprio, o canônico, para a vida social do medievo e controlou o processo criminal, as garantias e os meios de prova aceitos.⁴⁰

Nesse cenário de predomínio do processo inquisitorial não havia espaço para a utilização ou desenvolvimento do *nemo tenetur se detegere*, pois no que tange à produção de provas, a confissão era tida como “rainha das provas”⁴¹ e a

³³ ALMEIDA JÚNIOR, op. cit. p. 136.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 19-20.

³⁵ GILISSEN, op. cit. p.715-716.

³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo, Editora Saraiva: 2003. p.6-7.

³⁷ PEREIRA, op. cit. p.16

³⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 51.

³⁹ BAIGENT, Michael. **A inquisição**. Ano 2001. p. 27.

⁴⁰ COTRIM, Gilberto. **História Geral**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 99.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007. p.46.

tendência era a de utilizar em grande escala, para se provar algo ou se defender de acusações, os próprios conhecimentos do acusado, sendo que a utilização de tortura ou de outros métodos violentos e agressivos ao corpo do acusado eram empregados no decorrer do interrogatório para se obter uma suposta verdade.⁴²

1.4 ORIGENS DO DIREITO AO SILÊNCIO NO FINAL DA IDADE MÉDIA, INÍCIO DA IDADE MODERNA E CONSOLIDAÇÃO NA IDADE CONTEMPORÂNEA

Dentro da história da humanidade, até este ponto, a garantia do silêncio restou marginalizada, apenas havendo fracos indícios ou fraca probabilidade do seu fortalecimento. A origem do que entendemos hoje como direito ao silêncio surgiu entre o final da Idade Média e o início da Idade Moderna.⁴³

O *Nemo tenetur se detegere*, foi primeiramente delineado como uma limitação ao dever religioso de confessar. Os teóricos medievais incorporaram essa garantia ao *ius commune*⁴⁴ europeu através de um comentário à Carta de São Paulo aos Hebreus, elaborado por São João Crisóstomo (349-407 d.C). No comentário à Carta, há menção de que o indivíduo não deve ser obrigado a trair a si mesmo ou acusar a si mesmo perante outros, pois a Deus pertence tal revelação⁴⁵. Assim, fixou-se o entendimento de que os pecados do homem pertencem a Deus, não sendo necessária a confissão perante tribunais ou sistemas de acusação.

Na realidade essa interpretação dos estudiosos do medievo tinha a princípio o objetivo de estimular as confissões religiosas, sem que as infrações cometidas pelos pecadores se tornassem de amplo conhecimento, gerando constrangimento social para o indivíduo e eventual processo criminal.⁴⁶

⁴² QUEIJO, M.E. op. cit. p. 7.

⁴³ HELMHOLZ, R. H. op. cit. p.17.

⁴⁴ Segundo ALSCHULER: “o momento em que entrou no *ius commune* é incerto. Uma hipótese plausível é a de que este privilégio começou como uma limitação ao dever religioso de confessar.” No Original: “(...) When it entered the *ius commune* is uncertain. A plausible hypothesis is that the privilege began as a limitation on the religious duty to confess.” ALSCHULER, A. W. **A peculiar privilege in historical perspective**. In: HELMHOLZ, R. H. (org.) *The Privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p.185.

⁴⁵ HELMHOLZ, R. H. op. cit. p. 26.

⁴⁶ ALSCHULER, Albert W. A. op. cit. p. 186.

Dessa forma, as bases para o direito ao silêncio foram lançadas nesse período, mesmo que incerto o ano, por não ser mais o acusado obrigado a testemunhar contra si próprio. Durante o interrogatório, não havia mais a necessidade do investigado submeter-se a juramento, pondo termo ao constante dilema moral que este sofria, pois sob juramento se confessasse traria mágoa ao corpo com a imposição de penas pelo sistema de acusação, e se omitisse a verdade ou a falseasse, cometeria perjúrio e traria consequências maléficas a sua alma.⁴⁷

Cabe salientar que, como exposto, a prerrogativa do silêncio surge na história da humanidade com o objetivo de estimular a confissão religiosa e evitar que o acusado fosse submetido a juramento que lhe poria em dilema moral de difícil solução. Desse modo, em suas origens, o direito ao silêncio permitia que o acusado guardasse para si seus próprios pensamentos, não sendo obrigado a testemunhar de maneira autoincriminatória, ou seja, a ele era assegurado apenas e tão somente o direito de permanecer calado.

Contudo, foi somente na Inglaterra do século XVI e XVII, que a prerrogativa do silêncio encontrou terreno fértil para efetivamente prosperar, pois lá se desenvolveu o sistema do Júri, desde o século XII, ao se institucionalizar o Common Law (sistema jurídico unificado e comum a todo o reino e que tinha no costume sua principal fonte) por ato do Rei Henrique II em substituição ao sistema inquisitório que se estendia por toda a Europa, incorporando ao direito continental europeu práticas de terror e severidade, como a tortura.

A Europa Continental desse período era caracterizada pela presença do processo inquisitivo e pelas provas tarifadas, e o meio mais usual de se obter uma prova plena da responsabilidade criminal do acusado era a sua confissão mediante práticas de tortura, o que levou à perversão do sistema.⁴⁸

Ao contrário do que ocorreu na Europa Continental, na Inglaterra, adotava-se sistema processual penal diverso: o julgamento pelo júri. No qual os jurados decidiam segundo sua “íntima convicção”⁴⁹ sem estarem vinculados a regras legais que estabelecessem pesos para as provas, o que ocorria no sistema das provas

⁴⁷ MORO, Sérgio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**, in Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, vol. 853, novembro de 2006, p.432-433.

⁴⁸ MORO, Sérgio Fernando. Crime de Lavagem de dinheiro. Editora Saraiva, ano 2010. p. 137.

⁴⁹ MORO. op, cit. p. 141.

tarifadas. Em síntese, segundo MORO⁵⁰: “O sistema da íntima convicção deve ser entendido em oposição ao das provas tarifadas.”

Assim, o Direito ao Silêncio pode ser enquadrado como uma característica marcante no sentido de diferenciar dois modelos de processo penal vigentes na época, o inglês, no qual as garantias e direitos dos acusados possuíam certa proteção e efetividade, e o continental europeu, baseado em práticas duras e na utilização de métodos de tortura como forma de extrair uma confissão involuntária do acusado.

Desse modo, o indivíduo no exercício de suas liberdades de consciência e de crença era protegido na Inglaterra, através do Common Law, das inúmeras arbitrariedades que eram comumente praticadas pela Igreja católica e pelos seus tribunais eclesiásticos.⁵¹ Ou seja, o instituto do silêncio no direito inglês serviu como base e alicerce do indivíduo contra as perseguições religiosas da época que ocorriam por meio de interrogatórios opressivos, nos quais o indivíduo se via obrigado a falar.

Na jurisdição eclesiástica havia o dever de responder afirmativamente ou negativamente, não sendo possível o indivíduo permanecer em silêncio e, caso optasse por não responder, as autoridades podiam se valer de outros meios para obter a verdade, como a imposição de multa ou lançando mão de tormentos, pois a ideia era a de que se o acusado se calasse era porque estava agindo com dolo de esconder a verdade.⁵²

Portanto, com berço na Inglaterra, o Direito ao Silêncio foi incorporado pelas Cortes inglesas para proteger o indivíduo dos abusos cometidos pela Igreja, numa clara distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório, materializados nos tribunais do Common Law, por um lado, e nos tribunais eclesiásticos, por outro. Sendo que, enquanto nos primeiros as provas eram obtidas com o respeito às garantias até então delineadas para o cidadão, para os segundos a rainha das provas era a própria confissão.⁵³

⁵⁰ MORO. op, cit. p. 141.

⁵¹ SOUZA, Diego Bruno Cardoso de. **Confissão na fase extrajudicial e posterior retração em juízo**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23759/confissao-na-fase-extrajudicial-e-posterior-retratacao-em-juizo>. Acesso em 01/03/2013.

⁵² MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Processual Penal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. 1951. p.70

⁵³ SOUZA. op. cit. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23759/confissao-na-fase-extrajudicial-e-posterior-retratacao-em-juizo>. Acesso em 01/03/2013.

Com o advento da modernidade, o Iluminismo surge para quebrar certos paradigmas medievais e introduzir uma nova visão acerca das instituições e das próprias normas jurídicas. Diversas garantias processuais são defendidas, como o devido processo legal e a anterioridade penal⁵⁴, e, no tocante ao direito ao silêncio, o juramento do acusado e práticas que coloquem em perigo a integridade física e psicológica do réu para se obter a sua confissão passam a ser veementemente combatidas.⁵⁵ Devido às transformações ocasionadas por essa ruptura de pensamentos entre a velha e a nova ordem jurídico-política, técnicas de tortura acabaram por ser abandonadas e o direito ao silêncio foi aos poucos sendo delineado e incorporado definitivamente como garantia do cidadão frente ao poder de punir dos agora chamados Estados-Nação. Nesse sentido, com a derrocada do absolutismo, o direito do réu de permanecer calado foi uma grande conquista da jurisdição penal do século XVIII.⁵⁶

Ademais, o Iluminismo lançou as bases para a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada em 1789, na qual diversos dispositivos amplamente difundidos nos dias de hoje ganharam força e conteúdo, dentre as diversas garantias presentes no documento citado, cabe destacar os artigos 7º⁵⁷, 8º⁵⁸ e 9º⁵⁹, os quais vedaram a utilização de meios cruéis, como a tortura, no julgamento dos réus e afirmaram a ideia da presunção de inocência como garantia fundamental de qualquer indivíduo que está submetido a qualquer acusação.

⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Uma introdução à história social e política do processo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 259.

⁵⁵ QUEIJO, M.E. op. cit. p. 8.

⁵⁶ TROIS NETO, Paulo Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.82.

⁵⁷ “Nenhum homem pode ser acusado, preso nem detido senão determinado pela lei, e segundo as formas que ela prescreveu. Aqueles que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão chamado ou detido em virtude da lei deve obedecer incontinentemente; ele se torna culpado pela resistência.” Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuação-e-conteudos-de-apoio/legislação/direitos-humano/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 01/04/2013.

⁵⁸ “A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.” Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuação-e-conteudos-de-apoio/legislação/direitos-humano/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 01/04/2013.

⁵⁹ “Todo homem sendo presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, ao se julgara indispensável detê-lo, todo rigor que não for necessário para garantir a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei.” Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuação-e-conteudos-de-apoio/legislação/direitos-humano/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 01/04/2013.

De acordo com OLIVEIRA⁶⁰:

“O princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo.”

Nesse sentido LEVY aduz que:

“Acima de tudo, o direito estava intimamente relacionado com a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. (...) Em sentido amplo, não era tanto uma proteção aos culpados ou mesmo aos inocentes, mas uma proteção da liberdade de expressão, da liberdade política e do direito de professar a fé religiosa segundo sua própria consciência. A importância simbólica e a função prática do direito era certamente uma questão sedimentada, tida como garantida, no século dezoito. E ele fazia parte da herança de liberdade transmitida aos colonos ingleses na América”⁶¹

Diante do exposto, pode-se afirmar que em sua origem histórica, o direito ao silêncio surgiu como sendo um direito a não autoincriminação do acusado através do seu próprio testemunho. Em outras palavras, possuía o objetivo claro de evitar um verdadeiro conflito moral ao réu, o qual ao não emitir a verdade dos fatos em processo criminal comprometeria a sua existência no pós-morte. Tal preceito, ganha contornos no final da Idade Média e início da Idade Moderna como instrumento de proteção às liberdades de pensamento, de expressão e de religião (pois o processo penal nesse período era usualmente utilizado para coibir o réu a falar e a reprimir suas convicções políticas e religiosas), sendo devidamente tutelado com a promulgação da *Declaração do Direito do Homem e do Cidadão*.

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10ª Edição, 2008. p.332.

⁶¹ LEVY, Leonard W. **Origins of the Bill of Rights**. New Haven and London: Yale University Press. p. 281.

CAPÍTULO 2 - O DIREITO AO SILÊNCIO DENTRO DA SISTEMÁTICA JURÍDICA NORTE-AMERICANA, EUROPEIA E AMERICANA

2.1 O *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION* NO DIREITO NORTE-AMERICANO E NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE

O Direito norte-americano foi o berço de diversos avanços e conquistas processuais. A Constituição norte-americana nasceu com apenas 7 artigos, seu sistema híbrido, que coloca lado a lado características básicas do *commow Law* com as do *civil Law*, garantem as liberdades civis, através de uma interpretação da Constituição aliada à análise dos casos concretos.⁶²

Devido ao fato de conter poucos artigos, Luis Roberto Biora a classifica como sintética, o oposto do que pode ser vislumbrado na Constituição Federal brasileira, que, segundo o doutrinador acima referido, pertence ao grupo das Cartas Magnas analíticas.⁶³

Dentro do direito norte-americano, garantias como a do devido processo legal foram influenciadas pelo direito inglês, mas detiveram normatização muito especial com a incorporação da 5ª Emenda à Constituição norte-americana. Nesse ponto, cabe destacar que 5ª Emenda também adicionou ao sistema jurídico norte-americano a ideia de que ninguém será obrigado a servir de testemunha contra si mesmo ao ser submetido a processo penal de cunho condenatório⁶⁴, sendo, portanto, fonte de inúmeras garantias processuais do acusado durante a persecução criminal.

Em outras palavras, coube à 5ª Emenda o trato do *due process clause* e, mais especificamente, das questões e dos princípios processuais penais. Desse modo, o privilégio contra a autoincriminação foi devidamente incorporado e tutelado na 5ª Emenda à Constituição norte-americana sob o paradigma de que:

⁶² SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**: due process of Law. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p.23.

⁶³ Conforme BIORA: "As constituições sintéticas, como a norte-americana, preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio de estipulações de direitos e garantias fundamentais." (BIORA, Luiz Roberto. **Lições de direito constitucional**. 3ª edição. Concursos CEC e editora. 2010. p. 05.

⁶⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 135.

“Ninguém deverá ser detido para responder por um crime capital, ou por qualquer outra modalidade de crime infame, a não ser em denúncia ou acusação perante o Grande Júri, excepcionados os casos decorrentes de forças de terra ou mar, ou na milícia, quando em serviço ativo em tempos de guerra ou de perigo público; ademais, nenhuma pessoa poderá ser sujeita a mesma ofensa duas vezes, colocando sua própria vida ou saúde em risco, nem ser obrigada, em qualquer processo criminal, a testemunhar contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização.”⁶⁵

Como visto, dentro da sistemática jurídica norte-americana ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo. Assim, expressamente protege-se o acusado da confissão forçada e permite que os seus pensamentos mais profundos e pessoais sejam resguardados em nome do devido processo legal e das garantias fundamentais do homem e do cidadão.

Os direitos presentes na Constituição norte-americana e em suas emendas posteriores foram gradativamente ganhando contornos objetivos e precisos com o fortalecimento de jurisprudências da Suprema Corte, tal fato pode ser demonstrado a partir de casos como *Escobedo vs. Illinois* (1964)⁶⁶, no qual a Corte máxima norte-americana se pronunciou no sentido de afirmar a inconstitucionalidade do interrogatório do acusado quando for negada a ele permissão de consultar seu advogado. Nesse caso, toda e qualquer declaração fornecida pelo suspeito não poderia ser utilizado contra ele em julgamento de processo criminal por negar diversas garantias da 5ª Emenda, dentre elas a do devido processo legal e da legalidade estrita.

Outrossim, no célebre caso *Miranda vs. Arizona* (1966)⁶⁷, a Suprema Corte firmou brilhante posicionamento ao concluir que o *privilege against Self-Incrimination*

⁶⁵ Tradução livre. No original: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” Disponível em <http://www.revolutionary-war-and-beyond.com/5th-amendment.html#ixzz2l4DXzRA2>. Acesso em 01/03/2013.

⁶⁶ UNITED STATES. Find Law Internet Legal Resources. U. S. Supreme Court : *Escobedo v. Illinois* (1964). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=378&invol=478>. Acesso em 01/03/2013.

⁶⁷ UNITED STATES. Find Law Internet Legal Resources. U. S. Supreme Court : *Miranda v. Arizona* (1966). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>. Acesso em 01/03/2013.

deve ser respeitado e efetivado mesmo em procedimentos pré-processuais, como a fase de inquérito policial e investigações preliminares.

Ademais, a Suprema Corte ressaltou a necessidade de o suspeito ser informado de seu direito de permanecer calado previamente ao início do interrogatório policial e estabeleceu uma verdadeira inversão das presunções em matéria de confissão do imputado preso. Antes do caso, valia a ideia de que os atos administrativos praticados pelos agentes de polícia eram legítimos, cabendo ao imputado a comprovação do contrário. Após a decisão, ficou acordado que as declarações à polícia por parte do imputado preso seriam consideradas, *prima facie*, obtidas por coerção, somente se admitindo a confissão e seus efeitos jurídicos a partir da comprovação de que durante as investigações foi respeitado o estatuto de cidadania do imputado.⁶⁸

Desse modo, o caso acima narrado foi um verdadeiro divisor de águas dentro do direito norte-americano ao estabelecer diversas regras e procedimentos adequados a serem utilizados dentro do interrogatório do acusado e de proteger diversas garantias que antes estavam apenas no papel. Cabe destacar que essas garantias e procedimentos estabelecidos não objetivaram desfigurar o instituto da confissão e muito menos torná-lo inválido. Na realidade, a preocupação existente era a de garantir ao acusado as prerrogativas que a Lei Maior lhe outorgava, reafirmando a sua importância e preservando a característica principal de um Estado Democrático de Direito, o respeito ao direito.⁶⁹

Cabe destacar que conforme MORAES⁷⁰:

“(...) a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano ‘Miranda v. Arizon’, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, ‘você tem o direito de ficar calado’ (you have the right to remain silent...), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado.”

Doyle vs. Ohio (1976)⁷¹ foi outro caso emblemático, pois a Suprema Corte firmou posição no sentido de proteger o silêncio do acusado, mas sem transformar

⁶⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. op. cit. p. 138.

⁶⁹ DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio** : tratamento nos direitos alemão e norte-americano. p. 201-203.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 2000. p. 286.

tal prerrogativa em verdadeiro véu de proteção à verdade dos fatos. Em outras palavras, a Corte decidiu que se o acusado opta, em um primeiro momento, pelo silêncio, mas em ato posterior resolve destacar seu ponto de vista através de depoimento, o silêncio anterior não obsta a interpretação, favorável ou desfavorável ao réu, prestada durante o depoimento. Ademais, reafirmou a Suprema Corte algo que já havia sido incorporado ao direito norte-americano no caso *Michigan vs. Tucker* (1974):

“Michigan vs. Tucker, 417. US. 433, 443-444 (1974), exige que uma pessoa tida em custódia seja avisada imediatamente que possui o direito de permanecer em silêncio, que qualquer coisa que disser poderá ser usada contra ela, e que possui o direito de ter advogado antes de se submeter ao interrogatório.”⁷²

Já em *Holt vs. US* (1910)⁷³ além da decisão proteger o direito ao silêncio, a Suprema Corte também reafirmou entendimento sobre a presunção de inocência do acusado: “a presunção de inocência começa com a acusação no início do julgamento e permanece em favor do acusado até a finalização do caso. A presunção de inocência nada mais é do que evidência em favor do réu.”⁷⁴

Ademais, *foi decidido que o* privilege against self-incrimination é a proibição do uso de qualquer espécie de violência, seja física ou psíquica, contra o acusado para obter dele a confissão. No entanto, importante destacar que essa prerrogativa não exclui o corpo do investigado enquanto evidência ou até mesmo meio de prova de seus atos.

O mesmo posicionamento pode ser encontrado em *Fisher vs. US* (1976):

⁷¹Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0426_0610_ZO.html Acesso em: 01/03/2013.

⁷² Tradução livre. No original: Michigan v. Tucker, [417 U.S. 433](#), (1974), require that a person taken into custody be advised immediately that he has the right to remain silent, that anything he says may be used against him, and that he has a right to retained or appointed counsel before submitting to interrogation. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0426_0610_ZO.html. Acesso em 01/03/2013.

⁷³ O princípio processual da presunção de inocência assume importância especial nos julgados da Suprema Corte norte-americana, sendo um dos pilares de todo o sistema jurídico. US SUPREME COURT CENTER. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/218/245/case.html>. Acesso em: 01/03/2013.

⁷⁴ Tradução Livre. No original: “The presumption of innocence starts with the charge at the beginning of the trial, and goes with [the accused] until the determination of the case. This presumption of innocence is evidence in the defendant's favor,” Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/218/245/case.html>. Acesso em 01/03/2013.

“A quinta emenda não proíbe toda ou qualquer produção de provas incriminatórias, sendo somente aplicada quando o acusado for obrigado a fazer uma comunicação testemunhal que seja por si só incriminatória.”⁷⁵

Posicionamento ainda corroborado em *Schmerber vs. Califórnia* (1966):

“O acusado foi hospitalizado após acidente de carro em que estava aparentemente dirigindo. Um policial após sentir o cheiro de licor na sua respiração e notar outros sintomas de embriaguez determinou a prisão do indivíduo e o informou sobre os seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado. No hospital um médico retirou amostra de sangue do acusado, apesar de sua recusa, e o relatório proveniente de tal exame indicou a embriaguez. O relatório foi admitido como prova no julgamento. Nesse caso, o privilégio contra a autoincriminação não foi violado, visto que o acusado não foi obrigado a depor contra si mesmo ou provar o estado de embriaguez com evidências de natureza testemunhal ou comunicativa.”⁷⁶

Desse modo, vislumbra-se que o direito ao silêncio, dentro da sistemática norte-americana, foi amplamente defendido e tutelado em reiteradas decisões da Suprema Corte. No entanto, o que efetivamente se extrai das decisões acima expostas é a proteção aos pensamentos do acusado, ou seja, estritamente o direito de permanecer calado. Assim, se outras medidas forem necessárias, como a doação de amostras de sangue, exemplares da escrita ou da voz do acusado ou fazer com que ele utilize blusa semelhante a que foi usada pelo autor do delito investigado⁷⁷, elas não serão excluídas devido ao privilege against self-incrimination.

A Suprema Corte, no caso *Fisher vs. US* (1976) e *Schmerber vs. Califórnia* (1966), dentre outros, deixou claro que as medidas acima expostas, se necessárias à elucidação da verdade, são perfeitamente possíveis, não sendo admitida, somente, a violação do direito do acusado de não revelar o íntimo de seus

⁷⁵ Tradução livre. No Original: “The Fifth Amendment does not independently proscribe the compelled production of every sort of incriminating evidence, but applies only when the accused is compelled to make a testimonial communication that is incriminating.” Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/391/case.html> Acesso em: 01/03/2013.

⁷⁶ Tradução Livre. No original: “Petitioner was hospitalized following an accident involving an automobile which he had apparently been driving. A police officer smelled liquor on petitioner's breath and noticed other symptoms of drunkenness at the accident scene and at the hospital, placed him under arrest, and informed him that he was entitled to counsel, that he could remain silent, and that anything he said would be used against him. At the officer's direction, a physician took a blood sample from petitioner despite his refusal on advice of counsel to consent thereto. A report of the chemical analysis of the blood, which indicated intoxication, was admitted in evidence over objection at petitioner's trial for driving while intoxicated. Petitioner was convicted, and the conviction was affirmed by the appellate court, which rejected his claims of denial of due process, of his privilege against self-incrimination, of his right to counsel, and of his right not to be subjected to unreasonable searches and seizures. The privilege against self-incrimination is not available to an accused in a case such as this, where there is not even a shadow of compulsion to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature.” Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html> Acesso em: 01/03/2013.

⁷⁷ FISHER V. UNITED STATES (99-116) 529 U.S. 667 (2000). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/391/case.html> Acesso em: 01/03/2013.

pensamentos, pois a 5ª Emenda veda apenas a extração compulsória de declarações incriminatórias, e é a “extorsão de informação do acusado, a tentativa de forçá-lo a revelar o conteúdo de sua mente é o que viola a norma que veda a autoincriminação.”⁷⁸

2.2 O SILÊNCIO DO ACUSADO NO DIREITO ITALIANO

O direito italiano em muito sofreu influência do antigo direito romano e canônico. Devido a esse fato, o ordenamento jurídico desse país europeu sempre conviveu com as garantias que existiram dentro de Roma e da própria Igreja Católica. Dessa forma, as liberdades individuais e as prerrogativas processuais fazem parte da tradição do direito italiano.⁷⁹

Como o direito ao silêncio está incluído dentre as garantias processuais, fica claro que na Itália há proteção ao silêncio do acusado por influência de garantias da República Romana e de certos procedimentos defendidos pela Igreja durante o período medieval.

Cumprе destacar que durante períodos de abandono à Democracia, como o ocorrido durante o fascismo, algumas dessas garantias foram suprimidas em nome do que era defendido naquele momento específico. No entanto, a história jurídica da Itália se desenvolveu com base em sistemas garantistas, ainda mais quando se observa o atual Código de Processo Penal italiano, promulgado em 1989, em especial o disposto no seu artigo 64⁸⁰, que faz referência direta à proteção ao silêncio do acusado durante o interrogatório criminal.

⁷⁸ MORO. op cit., p.436.

⁷⁹ CHIAVARIO, Mario, e DELMAS-MARTY, Mireille. **Procedure Penali D'Europa**. Editora CEDAM. Padova, 1998. p. 35.

⁸⁰ No original. “Regole generali per l'interrogatorio. 1. La persona sottoposta alle indagini, anche se in stato di custodia cautelare o se detenuta per altra causa, interviene libera all'interrogatorio, salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze. 2. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. 3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso; c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis. 3-bis. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b), rende inutilizzabili le

Nesse sentido, de acordo com ROSSETTO⁸¹, a coerência do direito italiano parte do paradigma garantista sendo que:

“(...) durante as declarações de uma pessoa não acusada de um crime ou não submetida às investigações preliminares, a autoridade judiciária, ou de polícia judiciária, notando que emergem indícios contra ela, deve interromper o ato e adverti-la que, a continuar com tais declarações, poderão lhe acarretar futuras investigações, e a convida a nomear um defensor de sua confiança.”

Ademais, é requisito de validade da declaração acusado a informação, por parte das autoridades públicas, de seu direito de silenciar.⁸²

2.3 DIREITO AO SILÊNCIO E A SUA NORMATIZAÇÃO EM OUTROS PAÍSES EUROPEUS E AMERICANOS

Em Portugal, segundo DIAS E RAMOS⁸³, “ao contrário de outras Leis Fundamentais, a Constituição da República portuguesa não tutela expressamente o *nemo tenetur*. A consagração expressa no princípio surge no Código de Processo Penal, na vertente do direito ao silêncio (arts. 61, n.º1. al. d), 132.º. n.º 2. 141.º. n.º4. a), e 343.º. n.º1. do CPP). Malgrado a ausência de previsão na Constituição, tanto a doutrina com a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*.”

Do mesmo modo na Alemanha, segundo ANDRADE⁸⁴:

“A Lei Fundamental não consagra *expressis verbis* o princípio *nemo tenetur*. Mas isto não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem, de forma praticamente unânime, que aquele princípio configura verdadeiro direito constitucional não escrito. Nesta linha é possível contar com um conjunto significativo de decisões do tribunal Constitucional

dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone.” Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penae/libro-primo/titolo-iv/art64.html>. Acesso em 10/05/2013.

⁸¹ ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001. p.164.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**, 1998. p. 230.

⁸³ DIAS, Augusto Silva. RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não autoinculpação** (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contraordenacional português. Lisboa: Coimbra Editora, 2009. p.15.

⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 1992. p. 124.

Federal, sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional.”

Já na Espanha, o direito ao silêncio está expressamente previsto na Constituição, em seu título I, que normatiza os direitos e deveres fundamentais, no artigo 17.3⁸⁵:

“Toda pessoa deve ser informada, imediatamente, e para que entenda, dos seus direitos a das razões pelas quais está sendo presa e que não pode ser obrigada a testemunhar, assim como é garantida a ela a assistência de um advogado nos termos estabelecidos pela lei.”

Vale destacar que, assim como na Espanha, o *nemo tenetur se detegere* está explicitamente tutelado no direito argentino no artigo 18⁸⁶ da sua respectiva Constituição:

“Nenhum habitante da Nação poderá ser punido sem julgamento anterior, com base em lei anterior ao processo, nem julgados por comissões especiais, ou removidos os juizes designados pela lei para o julgamento de questões de sua competência. Ninguém poderá ser obrigado a depor contra si mesmo, nem ser preso senão por ordem escrita de autoridade competente. É inviolável a defesa no julgamento da pessoa e de seus direitos. Ademais, o domicílio é inviolável, bem como a correspondência e os papéis privados, sendo que a lei determinará em quais circunstâncias e por quais razões poderá ser executada a apreensão deles. Será para sempre abolida a pena de morte por razões políticas, como todas as formas de tortura e espancamentos. As prisões da Nação serão sempre saudáveis e limpas, para prover segurança aos presos e não uma forma de castigo. Por fim, toda ação que levar o preso a condições piores do que a devida será punida.”

Portanto, como pode ser visto, o direito ao silêncio faz parte da vivência jurídica de diversos países europeus e americanos. Apesar de algumas diferenças

⁸⁵ Tradução livre. No original: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.” Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>. Acesso em: 07/03/2013.

⁸⁶ Tradução Livre. No original: “Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.” Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>. Acesso em: 10/03/2013.

quanto ao modo de proteção a essa fundamental garantia, fato é que o direito do acusado de permanecer calado e de não servir de testemunha contra si mesmo é amplamente protegido e tutelado por inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros.

CAPÍTULO 3 - DIREITO AO SILÊNCIO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DENTRO DO BRASIL

Desde a chegada dos portugueses ao novo continente, em 22 de abril de 1500, até o ano de 1832, quando foi instituído o Código de processo Criminal de Primeira Instância⁸⁷, a lei que vigorava no Brasil era a advinda de Portugal, ou seja, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas (ambas em pequena escala) e as Filipinas⁸⁸.

Na época do Brasil colônia, a sistemática do processo penal usualmente utilizada desconhecia diversas garantias processuais atuais, dentre eles o direito do acusado de permanecer calado. As Ordenações Filipinas eram a fonte legislativa oficial e, por exemplo, em matéria criminal tinham como escopo “alcançar a certeza do delito, a identificação do agente e sua confissão.”⁸⁹ Desse modo, durante esse período, o processo penal brasileiro utilizaria diversos meios, como tormentos, torturas e ameaças para obter a confissão do investigado.⁹⁰

Numa visível continuação de tradições essencialmente feudais e tradicionais da Alta Idade Média, no interrogatório do Brasil do século XIX, o réu deveria realizar o juramento antes de se proferir e dizer a sua versão dos fatos, e os procedimentos para a averiguação da verdade variavam de acordo com a classe social ou o poder econômico dos envolvidos.⁹¹ Nesse período, segundo MORO⁹²: “No Brasil, a aplicação da tortura no processo penal estava regulada pelo art. 133 do Livro V das Ordenações Filipinas.”

Desse modo, não há que se falar em garantia ao silêncio durante esse período, pois as autoridades públicas judiciárias podiam utilizar da tortura e de

⁸⁷ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal**: evolução histórica e fontes legislativas, p.70.

⁸⁸ RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. 2ª edição: São Paulo: Companhia das letras, 1995. p.40.

⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra editora, 1974, v.1, p. 64.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137.

⁹¹ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippin ou ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandado d’el-rey D. Philippe I**. Rio de Janeiro: Typ. Do instituto philomathico, 1870. p. 1310-1317.

⁹² MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de dinheiro**. Editora Saraiva, ano 2010. p. 139.

outros métodos fisicamente persuasivos, além de obrigarem o investigado a prestar juramento, para obter a confissão.

Conforme PEREIRA⁹³:

“Outrossim, durante a vigência das Ordenações Filipinas, o privilégio contra a autoincriminação não encontrou terreno propício ao seu desenvolvimento, o que fica explícito devido à característica inquisitorial da dita legislação. O processo penal era usado como demonstração de força e como forma de manutenção do poder. Enfim, a atmosfera que circundava o processo criminal era incompatível com a liberdade necessária para o respeito ao privilégio contra a autoincriminação e o direito ao silêncio.”

O final do século XVIII foi marcado por diversas mudanças culturais e filosóficas. O humanismo e, principalmente, o iluminismo lançaram as bases de uma sociedade racional e liberal ao criticar as velhas estruturas e os velhos métodos de governo, de gestão econômica e de concretização do direito.

Nesse sentido a Independência Norte-Americana (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) trouxeram no seu âmago o repúdio as práticas danosas ao ser humano como a tortura e o uso do interrogatório como meio de se forçar o indivíduo a confessar algo.⁹⁴

Durante o período imperial, o Brasil presenciou a promulgação de sua primeira Constituição (1824), documento jurídico de cunho essencialmente liberal devido influências europeias e a afinidade que Dom Pedro I possuía com relação aos preceitos iluministas e racionais. Em outras palavras, o nosso primeiro imperador português, ao governar o país, preocupou-se em estabelecer, sobre todo o processo criminal e sobre as práticas processuais, tendências liberais.

Porém, a Carta de 1824 refletia, sobretudo, os interesses da época, sendo fruto de uma sociedade fechada e hierarquizada na qual a classe política dominante ainda demonstrava ligações fortes com o conservadorismo e com a manutenção dos privilégios da sua própria classe. Nesse sentido WOLKMER⁹⁵ aduz que:

“(...) essa Lei Maior afirmava-se idealmente mediante uma fachada liberal que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população do país. A contradição entre o formalismo retórico do texto constitucional e a realidade social agrária não preocupava nem um pouco a elite dominante, que não se cansava de proclamar teoricamente os princípios constitucionais, ignorando a distância entre o legal e a vida brasileira do século XIX.”

⁹³ PEREIRA, op. cit., p.65-66.

⁹⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas. Bookseller, 1997, v.1, p.99.

⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.85.

Através do Aviso de 28 de agosto de 1822 os juízes criminais do país foram obrigados a respeitar as normas presentes na Carta Maior Portuguesa (promulgada em 1821). No entanto, em certas circunstâncias, as retrógradas Ordenações Filipinas continuariam tendo eficácia naquilo que não fossem contrárias ao nosso sistema Constitucional português. Revela-se, portanto, um avanço significativo na questão do processo, mas ainda atrelado às antigas práticas.⁹⁶

No tocante ao direito ao silêncio, houve significativa mudança no corpo da lei, mas na prática forense o que se verificava era a continuidade de um sistema arcaico feudal. Segundo PEREIRA⁹⁷:

“Quanto ao direito ao silêncio ou mesmo em relação ao privilégio contra a autoincriminação, retórica e implicitamente foram assegurados com a proibição da tortura, mas, na prática, sua observância foi incompatibilizada pelas estruturas destinadas à manutenção do *status quo*.”

Ainda salienta PEREIRA⁹⁸ sobre outro importante marco legislativo do período, o Código Criminal do Império Brasileiro (1830):

“(...) quando afrontado com as Ordenações Filipinas (incrustadas pelo modelo inquisitorial), representa significativo avanço na legislação pátria, embora conservasse em seu bojo traços do direito tradicional, agravados no Brasil por uma sociedade muito mais hierarquizada e discriminadora. Adota princípios de liberdade e igualdade mais na teoria que na prática, como se comprova com a observância do escravismo até quase o fim do século e com os reais privilégios sempre havidos na aplicação da lei.”

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância (1832), diploma que manteve a mesma característica do Código Criminal do Império Brasileiro, uma inspiração liberal, mas conservadora em determinados aspectos, trouxe diversos avanços de cunho humanitário inspirados na Lei francesa 16-29 de 1791⁹⁹. Nesse período, o direito do acusado de permanecer em silêncio não obteve proteção legal, apesar dos avanços de cunho liberal influenciados pela dogmática iluministas.

Em 24 de fevereiro de 1891 uma nova ordem constitucional foi instaurada no Brasil em decorrência dos diversos aspectos sociais e políticos desse peculiar momento histórico. O texto constitucional manteve o caráter liberal, adotou a forma

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. op. cit. p.99.

⁹⁷ PEREIRA. op cit. p.91.

⁹⁸ PEREIRA. op. cit. p.91.

⁹⁹ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. 2ª edição. 2004. p.99.

de governo republicana federativa, determinou a tripartição dos poderes e como regime de governo o presidencialismo.¹⁰⁰

Foi durante esse período que o poder exercido pelos coronéis dominava a realidade social se sobrepondo as garantias constitucionais e ao Estado tido como Liberal. Trocas de favores e encobertamento de crimes eram constantes, fazendo com que a lei muitas vezes fosse apenas mero instrumento formal desvinculado da sociedade. De acordo com SILVA.¹⁰¹

“(...) o coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente.”

Nessa nova ordem instaurada, o direito ao silêncio não foi novamente explicitado no corpo da lei.

Dentro do contexto acima destacado, as estruturas da velha república foram se desgastando, situação que teve seu ponto final com a eleição de Getúlio Vargas em 1930. Em 1934 foi promulgada nova Constituição que, apesar da manutenção de grande parte dos direitos individuais até então assegurados pelos outros ordenamentos jurídicos, possuiu um cunho ditatorial, característica essa que seria a marca de grande parte da chamada Era Vargas. Assim, o princípio da ampla defesa continuou previsto, no entanto, não há que se falar em direito ao silêncio sem cogitar a possibilidade de represálias por parte dos órgãos institucionais.

Tal situação se agravou com a outorgação da Carta de 1937, também denominada de *Polaca*, devido ao seu viés extremamente autoritário e com marcas fascistas. Segundo IGLÉSIAS¹⁰² a Constituição de 1937 ficou assim conhecida “devido a semelhanças com a adotada pelos poloneses em 1926, pelo fascismo do general Pilsudski.”

Em 1941, com a edição do Código de Processo Penal, finalmente a prerrogativa do silêncio do acusado encontrou respaldo legislativo expresso dentro

¹⁰⁰ RUSSOMANO, Rosah. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino. 1970. p. 104-106.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. revisada e ampliada de acordo com a nova constituição. São Paulo: Malheiros, 1994. p.74.

¹⁰² IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e constituições brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Brasiliense. 1986, p. 366.

da sistemática jurídica brasileira. Cabe salientar, contudo, que a prerrogativa não gerava apenas privilégios ao acusado, podendo seu silêncio ser interpretado em seu desfavor dependendo das circunstâncias nas quais o caso estivesse fundado.¹⁰³

Ademais, cumpre destacar que nesse período o direito ao silêncio era necessariamente o direito do acusado de permanecer calado se entendesse que a pergunta do acusador lhe fosse causar dano substancial de defesa. Nesse sentido, o artigo 260¹⁰⁴ do diploma legal acima mencionado afirma que: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.”

Portanto, demais diligências probatórias que necessitassem da presença ou do auxílio do acusado, respeitada a prerrogativa ao silêncio, eram permitidas por disposição expressa do Código de Processo Penal vigente, sendo dever do acusado cumpri-las.

Já em 18 de setembro de 1946, com a queda da Era Vargas no ano anterior, é promulgada nova ordem constitucional, que teve o mérito de resgatar a democracia, mesmo não tendo se distanciado de alguns pontos autoritários.

Essa volta à democracia teria breve lapso temporal, pois já em 1967, sob a égide do regime militar, nova Constituição imperou em solo pátrio. Entretanto, a Lei Maior seria rapidamente esvaziada pela constante edição de Atos Institucionais, construção normativa que materialmente ditava as normas e os procedimentos a serem seguidos pela sociedade.

As liberdades individuais, em certa medida previstas na Carta de 1967, sofreram duro e decisivo golpe com a edição do Ato Institucional número 5, em dezembro de 1968, através do qual foi decretada a intervenção nos Estados e nos Municípios, a suspensão da garantia constitucional do *habeas corpus* e das garantias da magistratura, além do recesso parlamentar.¹⁰⁵ Como se pode imaginar, a garantia ao silêncio do acusado não possuiu espaço em tamanho sistema autoritário e esvaziado de garantias individuais.

¹⁰³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: “Artigo 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (...) Artigo 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

¹⁰⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

¹⁰⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**, p.28-29.

Desse modo, PEREIRA¹⁰⁶ afirma que:

“(...) o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação não constaram explicitamente dos textos constitucionais anteriores a 1988. Embora implicitamente estivessem assegurados, verifica-se, principalmente pelo conturbado contexto político apresentado, que sua práxis não passou de utopia. A história política e jurídica de nosso país demonstra que, não obstante as profundas modificações de governo e de regime estabelecidos, os mesmo grupos ou pessoas obstinadas pelo poder (os velhos atores) inviabilizaram o usufruto desse direito, por considerá-lo incompatível com sua ânsia de dominação.”

3.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Com a derrocada do regime militar instaura-se no Brasil, novamente, uma ordem jurídica que possui como bases a democracia, o Estado Constitucional de Direito, a divisão dos três poderes e o respeito e a tutela aos direitos e garantias individuais.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁰⁷, popularmente conhecida como Constituição “Cidadã”¹⁰⁸, diversos direitos renegados pelos regimes jurídicos anteriores ganharam espaço no cenário nacional. Dentre eles o Direito ao Silêncio recebeu importante proteção constitucional ao ser previsto no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais¹⁰⁹ e Coletivos no inciso LXIII do artigo

¹⁰⁶ PEREIRA, op. cit., p.96.

¹⁰⁷ Segundo MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v.1, p.78-79. “A Constituição Federal contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, mormente quando se coloca com normatividade rígida, no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, tal como sucede, entre nós, desde a promulgação da primeira das nossas Constituições republicanas. Pela preeminência em que se situa na taxinomia das normas legais, a Constituição não só traça preceitos que funcionam como fontes formais de diversos domínios da regulamentação jurídica, como ainda se apresenta com os predicados de fonte material em que o legislador vai abeberar-se para construir regras e mandamentos destinados a disciplinar legalmente relações de vida e fatos sociais submetidos aos incoercíveis imperativos da ordem estatal. A hegemonia sem contrastes que é dada à Constituição Federal, no conjunto das fontes formais que revelam os Cânones da ordem jurídica, não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de toda ou imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.”

¹⁰⁸ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. Goiânia: AB, 1998. p.3.

¹⁰⁹ Conforme SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p.47. “Os direitos individuais são direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem

5º: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Desse modo, ao conceber o direito ao silêncio em seu rol de garantias fundamentais, presentes no artigo 5º, a Constituição Federal de 1988 o enquadrrou, essencialmente, como um direito humano fundamental. CANOTILHO¹¹⁰ esclarece que:

“(…) os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”

Nessa mesma toada MENDES¹¹¹ afirma que

“(…) os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto outros concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. (...) Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (*abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do poder público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas.”

Outrossim, SILVA¹¹² salienta que direitos fundamentais devem ser concebidos como “limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos de Estado que dela dependem.” Ou seja, além de defenderem liberdades individuais e coletivas, possuem papel importante na questão de reforçar o sentido democrático¹¹³ da nossa Constituição.

autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Editora: Almedina. 7ª edição. 2003. p.373.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. Editora: Saraiva. 4ª edição. 2012. p.36-37.

¹¹² SILVA, op., cit., p.182.

¹¹³ O conceito de democracia é histórico, no sentido de se tratar de um construído que se contextualiza e se aperfeiçoa. De acordo com SILVA, op., cit., p. 130: “A democracia é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história.”

Nas palavras de AZEVEDO¹¹⁴:

“O direito ao silêncio é um direito público subjetivo, exercido em face do Estado e dentro do processo. Constitucionalmente assegurado, sempre coincidirá com o caráter ético-político do processo, que visa a um correto exercício da função jurisdicional de modo a pacificar com justiça.”

Nesse sentido PACELLI¹¹⁵ defende que:

“(...) sob a perspectiva da proteção aos direitos fundamentais, o princípio do direito ao silêncio ocupa posição relevantíssima. Com efeito, instituído como direito, impõe ao Estado o dever de respeitar a opção pelo seu exercício, o que impedirá a adoção de quaisquer ações tendentes à extração forçada – extorsão – da confissão, com o que se poderá bem e melhor tutelar a integridade física e psíquica do acusado, o seu direito à personalidade e à dignidade humana. De fato, em um Estado de direito devem ser absolutamente banidas quaisquer intervenções que possam afetar a capacidade de autodeterminação da pessoa, expressão de sua personalidade e de sua dignidade (...). Com isso obtém-se dupla proteção: no plano do direito material, com a tutela da integridade física e psíquica antes mencionada; e, mais uma vez, no plano processual, atinente ao controle da idoneidade da prova e da preservação da construção da certeza judicial em bases racionalmente demonstráveis.”

Quanto a aplicabilidade do direito ao silêncio, cabe lembrar que o parágrafo 1º do artigo 5º trouxe o seguinte enunciado: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*” Assim, como as demais garantias presentes no artigo 5º, o direito a não autoincriminação não depende da aprovação de qualquer normatividade infraconstitucional para ter sua eficácia plena, é um preceito autoaplicável, não sendo meramente proclamatório (ou dependente de regulamentação).

Segundo SILVA¹¹⁶ o parágrafo 1º do artigo 5º apresenta em relação às normas constitucionais referentes aos direitos e garantias individuais dois aspectos:

“Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.”

¹¹⁴ AZEVEDO, David Teixeira. **O interrogatório do réu e o direito ao silêncio**. Revista dos tribunais, São Paulo. V. 682, p. 289, agosto de 1992.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p.190.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.165.

Ademais, a prerrogativa do silêncio deve ser vista como norma constitucional de aplicabilidade imediata na medida em que desde a entrada em vigor da Constituição Federal, produz ou tem a possibilidade de produzir todos os seus efeitos essenciais relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.¹¹⁷

Ainda cabe ressaltar que as normas constitucionais de aplicabilidade imediata regulam diretamente situações, comportamentos e interesses. Impõem, por si, uma ação ou omissão. Sendo de aplicabilidade imediata, oferecem todos os elementos necessários à realização ou vedação dos interesses e situações nelas previstos. Geram, quase sempre, direitos subjetivos para os indivíduos ou entidades a que conferem uma situação subjetiva de vantagem.¹¹⁸

Portanto, para o exercício do direito ao silêncio não há necessidade de nenhum requisito, de nenhuma prestação por parte do Estado, bastando que o indivíduo seja informado dos seus direitos, dentre os quais a prerrogativa do silêncio, no momento de sua prisão ou antes de prestar qualquer depoimento ou esclarecimento a autoridade pública regularmente constituída.

Com relação às normas infraconstitucionais, o direito ao silêncio possui amparo no Código de Processo Penal, mais especificamente no *caput* do artigo 186, no seu parágrafo único e no artigo 198.

O artigo 186 teve sua redação modificada pela Lei nº 10.792 de 01/12/2003 e passou a tutelar o silêncio do acusado da seguinte maneira: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. E o parágrafo único: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

Por sua vez o artigo 198 dispõe que: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.” Contudo, essa norma foi tacitamente revogada pelo parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal por evidente incompatibilidade.

Destarte, o direito de permanecer calado encontra amplo respaldo legal ao possuir tutela constitucional e de natureza processual através do Código de

¹¹⁷ BIORA, Luiz Roberto. **Lições de Direito Constitucional**. Concursos CEC Editora, 2010. p. 05.

¹¹⁸ SILVA, op., cit., p. 171.

Processo Penal brasileiro. A lei claramente permite que o preso ou o investigado guarde o íntimo de seus pensamentos para si, não sendo obrigado, em hipótese alguma, a revelá-los. Ou seja, o silêncio, como direito fundamental, foi resguardado pelo nosso atual arcabouço legislativo, possibilitando ao réu um importante instrumento de defesa contra o poder punitivo do Estado.

3.3 DIREITO AO SILÊNCIO E A DOUTRINA BRASILEIRA

Primeiramente, cabe destacar que: dentre as provas¹¹⁹ a serem produzidas, dentro do sistema processual penal brasileiro, há aquelas que dependem diretamente da colaboração do acusado e aquelas que não. Há também divisão entre as provas que são denominadas invasivas e não invasivas.

Em resumo, pode-se dizer que as provas invasivas são aquelas obtidas por meio da utilização ou da extração de parte do corpo do acusado; já as provas não invasivas são aquelas que não decorrem de qualquer inspeção ou verificação corporal, não necessitando de qualquer medida invasiva ao corpo do acusado (essas são amplamente aceitas pelo ordenamento jurídico e não dependem do consentimento do acusado).¹²⁰ Como exemplo de prova invasiva vale destacar a coleta de material genético, a coleta de sangue, exames ginecológicos, dentre outros; e como exemplos de provas não invasivas: exames feitos em fios de cabelo ou em pelos, identificação datiloscópica, etc.

Num outro vértice, existem provas que não geram qualquer prejuízo corporal ou de violação à intimidade do acusado, por isso são não invasivas, mas dependem diretamente de uma postura colaborativa e espontânea do acusado, caso do

¹¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª edição. Revista e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. Editora Saraiva, p. 563. “Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelo quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É instrumento de verificação do thema probandum.”

¹²⁰ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O princípio do Nemo tenetur sine detegere e a prova no processo penal**. Publicado e veiculado em 10/10/2011 Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18775/O_Princ%C3%ADpio_do_Nemo_Tenetur_se_Detegere_e_a_Prova_no_Processo_Penal.pdf?sequence=2. Acesso em: 09 out. 2011.

chamado exame do bafômetro, exames que comparam padrões vogais e diligências de reconhecimento.

Na questão da obrigatoriedade de postura colaborativa ou não do acusado em fornecer ou auxiliar na construção probatória, que eventualmente poderá o incriminar, é que se encontra a celeuma acerca da efetividade e do alcance do direito ao silêncio dentro da sistemática jurídica brasileira. Há autores que defendem a tese de que o acusado deve auxiliar a justiça na busca pela verdade material, e há autores que protegem a ideia de que o acusado não é obrigado, devido a uma leitura extensiva do direito ao silêncio, a produzir qualquer prova que eventualmente o prejudique em juízo.

Sobre essa discussão COUCEIRO¹²¹ leciona que:

“O Direito ao Silêncio é um dos temas mais emblemáticos do processo penal, sublinhando a diferença entre uma concepção inquisitória, que vê o saber do acusado como fonte de prova que não pode ser desprezada – até porque, se culpado, ele é um detentor privilegiado de informações -, e uma posição mais ligada à preservação das garantias processuais, para a qual o seu reconhecimento constitui decorrência inarredável da presunção de inocência e da amplitude do direito de defesa.”

Como visto anteriormente, pela letra da lei, conceituar-se-ia o direito ao silêncio como sendo a prerrogativa que o cidadão comum possui de ser informado pelo Estado do direito de se calar perante questionamentos realizados por seus agentes no exercício de sua função institucional. Vale ressaltar que a prerrogativa não é exclusiva do preso, como se poderia imaginar pela leitura descontextualizada do dispositivo legal. Nesse sentido, DOTTI¹²² salienta que: “(...) negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento jurídico (...) é uma liberdade pública garantida constitucionalmente a todos os imputados, presos ou não.”

Contudo, a prerrogativa do silêncio é vista por grande parte da doutrina jurídica brasileira de maneira mais abrangente e materialmente satisfatória para o acusado, pois do dispositivo constitucional é extraída a ideia de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas, de qualquer natureza, contra si mesmo.¹²³

¹²¹ COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004. p.11.

¹²² DOTTI, René Ariel. **Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório**. Revista dos Tribunais, São Paulo. V. 775, p. 426, maio de 2000.

¹²³ QUEIJO, M.E. op. cit. p. 268.

Tal construção doutrinária de proteção ao acusado alia o direito ao silêncio com outras prerrogativas constitucionalmente asseguradas, como a presunção de inocência, a ampla defesa, o devido processo legal, o contraditório e a dignidade da pessoa humana (e até mesmo ao histórico princípio *Nemo tenetur se detegere*), para inserir na sistemática jurídica brasileira um direito genérico a não produção de provas contra si mesmo.¹²⁴

Desse modo, o cidadão comum pode recusar a se submeter a procedimentos investigativos, de fundamental importância para o processo penal, como a colheita de material genético, o reconhecimento de voz e outras medidas que necessitem da sua cooperação, sob o véu de um direito genérico doutrinariamente elaborado e comumente aceito pelos tribunais nacionais, mas que não possui correspondência legislativa.

Nesse sentido, GESU¹²⁵ aduz que:

“(...) o direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio *Nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito ao silêncio quando interrogado. (...) do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, na medida em que no processo penal só há presunção de inocência. Por consequência, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir a culpabilidade, muito menos por configurar delito de desobediência. Portanto, o princípio da não autoincriminação decorre não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA, ou de escrita.”

Nas palavras de QUEIJO, a prerrogativa do silêncio tem como escopo:

¹²⁴ Com MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 2000, p. 285. “O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguindo orientação da Convenção Americana sobre Direitos humanos, que prevê em seu artigo 8º, parágrafo 2º, g, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se, dessa forma, ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio praticado pelo próprio acusado”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo penal e (em face) da constituição**: Princípios constitucionais do processo. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 169. Ainda defende que: “A consagração de um direito ao silêncio é decorrência da proibição de o acusado depor, contra si mesmo, já vista esparsamente nesta obra, e insculpido no artigo 8º, nº 2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São todas regras integrantes dos princípios maiores da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.”

¹²⁵ GESU, Cirstina di. **Prova penal & falsas memórias**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010. p.50.

“(...) proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado na perseguição penal, incluindo-se o resguardo contra coação e violência física e moral utilizadas para constranger o indivíduo a cooperar na instrução probatória. (...) da prerrogativa do silêncio se extrai o respeito à dignidade do acusado no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.”¹²⁶

Salienta ainda que as provas sejam produzidas “sempre que possível, sem a cooperação do acusado, pois não está obrigado a colaborar ativamente na produção de provas que possam vir a incriminá-lo.”¹²⁷

Prevalece no Brasil, a ideia de um direito ao silêncio ampliado e protetivo, no qual o acusado não é obrigado a se submeter a qualquer tipo de procedimento que auxilie a acusação na sua função institucional. Entretanto, alguns estudiosos do Direito, dentre eles Sergio Fernando Moro, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, argumentam em sentido contrário ao defender que o direito ao silêncio não deve ser considerado um direito genérico a não produção de provas contra si mesmo, mas apenas uma prerrogativa de cunho testemunhal.

Com PACELLI¹²⁸:

“(...) a doutrina processual penal brasileira preferiu atribuir ao Nemo tenetur se detegere uma verdadeira imunidade corporal, não reduzida ao direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, como expressamente se contém no artigo 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos humanos, ou o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesma ou confessar-se culpada, consoante se tem no artigo 14, 3, g, do Pacto internacional sobre Direitos Civis. Até muito recentemente o Supremo Tribunal Federal reconhecia o sugerido elasticimento da aludida imunidade corporal, chegando ao ponto de permitir a recusa, pelo réu, de fornecimento de padrões gráficos de seu punho, para fins de realização de exame pericial (...). A nosso juízo, a questão sequer poderia ser enfrentada nessa perspectiva, isto é, na perspectiva do direito ao silêncio. Direito ao silêncio é direito a permanecer calado, direito a não ser obrigado a depor. (...) Do ponto de vista de uma leitura rigorosamente interpretativa de nossa ordem constitucional, não temos dúvida em afirmar que o direito ao silêncio não está estruturado para outras finalidades. Nesse ponto, convergimos para o tratamento da questão pelo Direito norte-americano, que confere ao direito a não incriminação um caráter exclusivamente testemunhal.”

Nesse sentido, MORO¹²⁹ nos ensina que:

¹²⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

¹²⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. op. cit. p. 312.

¹²⁸ PACELLI, op. cit. p. 188-190.

¹²⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**, in Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, vol. 853, novembro de 2006. p.432.

“O direito de não produzir prova contra si mesmo pode ser cogitado como um obstáculo contra a colheita compulsória de material biológico do acusado ou do investigado em processos criminais. Afinal, a doutrina e jurisprudência não raramente invocam direito da espécie como obstáculo para submissão compulsória do acusado e do investigado a participar de diligências probatórias em casos criminais. É interessante ressaltar, porém, que tal direito não encontra base normativa expressa no Direito brasileiro.”

E continuando, destaca:

“A CF/88 garante, em seu artigo 5º, LXIII, expressamente o “direito ao silêncio”, o que abrange, *prima facie*, a proibição de extrair do acusado informações verbais de fatos que possam incriminá-lo. Já o Código de Processo Penal (CPP) contempla o mesmo direito ao silêncio em seu artigo 186. Não há nele direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. Rigorosamente, a letra do artigo 260 do CPP sugere que o investigado ou acusado pode ser compelido a participar de diligência probatória que exige a sua participação. Pretendesse o constituinte ou o legislador direito genérico de não produzir prova contra si mesmo, é de se presumir que inseririam no texto constitucional ou legal norma expressa nesse sentido.”¹³⁰

Ainda discordando da posição doutrinária majoritária, sobre o tema, OLIVEIRA e FISCHER¹³¹ trazem importante reflexão:

“O que não se pode afirmar, ao contrário do que se canta por aqui em verso e prosa, é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória – contra si – bastando assim desejar. Não existe esse direito. Nem aqui e nem em lugar nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, incluindo os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos. O que se garante, junto ao direito ao silêncio, é a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos mencionados direitos individuais (integridade física, psíquica, etc.). exatamente por isso pode o Estado conduzir coercitivamente o acusado à audiência de instrução e julgamento, quando houver a necessidade de reconhecimento de pessoa, na produção de prova testemunhal (artigo 260, segunda parte, CPP). Evidentemente o dispositivo não se aplica ao interrogatório, visto tratar-se de meio de defesa, a critério exclusivo da defesa. Pensamos também não haver qualquer mácula na exigência de submissão ao conhecido bafômetro, na medida em que aludida providência – abstratamente – não afeta direitos subjetivos, ao menos na intensidade que devam merecer proteção.”

Dentro desse cenário de opiniões claramente opostas, há aqueles que bebem de ambas as fontes doutrinárias, corroborando a existência do direito a não produção de provas contra si mesmo ao mesmo tempo em que aceitam certas limitações a essa prerrogativa do acusado:

“O Nemo tenetur se detegere, porém, não pode ser tido como direito absoluto. Muitas vezes, haverá de ser atenuado, via ponderação de valores, se e quando entram em conflito com outros bens jurídicos igualmente

¹³⁰ Ibidem, p.432.

¹³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 371-379.

relevantes, tais como os direitos à liberdade e à vida. (...) Assim, admitimos que, em casos de ocorrência de crimes graves, punidos com reclusão ou reputados hediondos, será possível, mediante decisão judicial fundamentada, que o juiz competente, se provocado pelo dominus litis, determinar que o acusado tolere passivamente a produção de alguma prova, que de outro modo não poderia ser realizada, como a coleta de sangue, saliva ou urina, desde que, evidentemente não haja risco para sua integridade corporal, nem haja necessidade de prática de atos humilhantes.”¹³²

Portanto, como pode ser demonstrada nessas breves considerações, a doutrina brasileira diverge substancialmente com relação aos limites e contornos do direito ao silêncio. Parte dela reconhece dentro da prerrogativa do silêncio, aliada a uma leitura contextualizada de outros princípios constitucionais como o da presunção de inocência, um direito genérico de não produção de prova contra si mesmo; ao passo que outra parcela desacredita em tal preceito pela falta de parâmetros internacionais no Direito Comparado e na própria história dessa fundamental prerrogativa, na medida em que o silêncio foi uma garantia construída no decorrer dos séculos, não havendo justificativa para uma análise ampliadora do instituto pela total falta de previsão legal expressa no sentido de dar conteúdo a ideia da não produção de provas contra si mesmo.

3.4 DIREITO AO SILÊNCIO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, no geral, concede ampla margem de eficácia à garantia do silêncio. Não raro, o investigado ou o acusado recebe dos tribunais uma tutela no sentido de se negar a produzir toda e qualquer prova que auxilie os órgãos investigativos na construção da acusação.

No HC Nº 179.486 - GO (2010/0130145-0) julgado pelo STJ, relator Ministro Jorge Mussi, foi reafirmada a importância do direito ao silêncio dentro da sistemática jurídica brasileira e concedida tutela no sentido de resguardar o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo (apresentar-se ao Instituto de Criminalística

¹³² TOVIL, Joel. **A proteção contra a autoacusação compulsória aplicada à persecução penal.** Revista magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n.22, 2008. p. 102-107.

para submeter-se a perícia de confecção de imagens), não ficando, assim, o direito ao silêncio restrito ao direito de permanecer calado.¹³³

Outra decisão importante acerca do tema foi o julgamento pelo STJ do HABEAS CORPUS Nº 125.506 - SP (2008/0287148-0), de relatoria da Ministra Laurita Vaz. Nesse julgado restou claro que a referida corte reconhece no direito ao silêncio a prerrogativa de o acusado ou investigado se negar a produzir provas que possam incriminá-lo.¹³⁴

¹³³ *HABEAS CORPUS PREVENTIVO. FURTO QUALIFICADO. DETERMINAÇÃO DE COMPARECIMENTO AO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA PARA COLHEITA DE IMAGEM. DIREITO AO SILÊNCIO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-ACUSAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.* 1. O direito à liberdade, fundamental e elemento imprescindível à dignidade da pessoa humana, é tutelado pela Magna Carta no *caput* do art. 5º. Entretanto, apesar de fundamental, não é absoluto, inclusive em face da existência de outros direitos e garantias de mesma natureza que demandam, conseqüentemente, ponderação de valores, harmonização ou concordância prática. 2. Nesse mesmo diapasão, o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), ainda que não expresso na Carta Magna, desponta como garantia essencial da pessoa humana, assegurando ao acusado o direito de não produzir provas em seu desfavor. 3. "Nesse aspecto, competindo ao Órgão ministerial formar o convencimento do juiz acerca da materialidade e autoria delitiva aptas a condenação, ficou consagrado o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Apesar da ausência de previsão expressa do princípio da não autoacusação na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ficou assegurada a presunção de inocência e o direito absoluto de não ser torturado. Contudo, o Pacto de São José da Costa Rica o consagrou como direito fundamental no art. 8º, § 2º, g, dispondo que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem a se declarar culpado" (HC 97.509/MG). 4. A Lei 10.792/03, seguindo esta nova sistemática, alterou o conteúdo do comando normativo do art. 186 do CPP estabelecendo que "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa". 5. No caso dos autos, a determinação ao paciente de apresentar-se ao Instituto Criminalística para a fim de submeter-se a perícia de confecção de imagens consiste, indubitavelmente, constrangimento ilegal e inconstitucional, agravada, ainda, pela ameaça concreta à liberdade de locomoção, em face da imposição de pena de prisão na hipótese de negativa de comparecimento em 5 dias. 6. Ordem concedida para o fim de, expedindo-se salvo conduto, assegurar ao paciente o direito de não ser obrigado a comparecer ao Instituto de Criminalística.

¹³⁴ Não obstante, cabe reafirmar ser direito do investigado, ou do acusado, de ser advertido de que não pode ser obrigado a produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5º, inciso LXIII). É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio do "*Nemo tenetur se detegere*" (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. 6. Mais. Nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna "*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*". Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova *etc.* Ademais, cabe trazer à tona o entendimento do STF acerca dos contornos do direito ao silêncio: EMENTA: *HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.* 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da "não autoincriminação" (*Nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido

O Ministro Sepúlveda Pertence ainda nos ensina que o direito a informação da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la.”¹³⁵

Posicionamento corroborado pelo HC 99289, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075).¹³⁶

Neste ponto, relevante salientar as palavras de BOTTINO, acerca dos contornos dados pelo STF à prerrogativa do silêncio:

“(…) é possível afirmar a existência de uma “doutrina brasileira do direito ao silêncio” construída a partir de julgamentos de casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal, sendo também correto afirmar que o efetivo alcance da garantia de não se autoincriminar, inscrita no inciso LXIII, do

processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. HABEAS CORPUS 101.909 – Minas gerais, 28/02/2012, STF Segunda Turma, Relatoria Ministro Ayres Britto.

¹³⁵ HABEAS CORPUS n. 78.708 – São Paulo, 09/03/1999, STF Primeira Turma, Relatoria ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.-asp>. Acesso em 07/10/2013.

¹³⁶ ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes. A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “persecutio criminis” nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional além de não importar em confissão jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. Precedentes. (HC 99289, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075).

artigo 5º, da Constituição de 1988, foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal em clara atitude de ativismo judicial. Esse direito deve ser lido hoje da seguinte forma: “O preso (1) será informado (4) de seus direitos (5), entre os quais o de permanecer calado (2), sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (3)” (texto da Constituição). (1) A expressão “preso” compreende: qualquer indivíduo, preso ou solto, que seja suspeito, indiciado ou acusado em procedimento criminal, ou ainda à generalidade das pessoas diante de qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir imputação ao declarante da prática de crime, “ainda que em procedimento e foro diversos”. (2) A expressão “permanecer calado” compreende: a inexigibilidade de colaboração com a investigação (recusa de participar de reconstituição do crime, de fornecer material para exame grafotécnico ou de padrão vocal) e, inclusive, a possibilidade de opor-se à ação estatal que visa a sua responsabilização criminal (negando falsamente a prática do crime ou imputando falsamente sua autoria a outrem, cuja punibilidade esteja extinta ou, ainda, fornecendo material gráfico deliberadamente falso, visando a prejudicar as conclusões do exame pericial). (3) A expressão “sendo-lhe assegurada a assistência de advogado” compreende: que o preso não tem direito de que o Estado assegure a assistência de advogado no momento de sua prisão, nem no momento de seu interrogatório policial; a assistência de advogado é obrigatória, porém, antes e durante o interrogatório judicial. (4) A expressão “será informado” compreende: que indivíduo deve ser informado de sua garantia de não se autoincriminar desde o momento em que tiver sua liberdade cerceada (inclusive, portanto, antes da lavratura do auto de prisão), constituindo nulidade absoluta a inobservância dessa regra. (5) A expressão “seus direitos” compreende: que o exercício dessa garantia constitucional não pode ensejar nenhum tipo de presunção que lhe seja prejudicial, nem fundamentar qualquer tipo de tratamento mais gravoso, nem tampouco justificar sua segregação cautelar ao argumento de que o indivíduo não está colaborando com a investigação ou instrução processual.”¹³⁷

Fortalecendo a ideia de que o acusado tem o direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo, o STF, no HC 69.026, firmou posicionamento no sentido da legalidade da não participação do investigado em exames de DNA, grafotécnicos e de reconstituição de crime.¹³⁸

¹³⁷ BOTTINO, Thiago. **A doutrina brasileira do direito ao silêncio**: O STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. Disponível em http://www.iabnacional.org.br/article.php3?id_article=92, p. 35-36. Acesso em 28-8-2010.

¹³⁸ HABEAS CORPUS - JÚRI - RECONSTITUIÇÃO DO CRIME - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA A RECONSTITUIÇÃO DO DELITO - PACIENTE QUE SE RECUSA A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INOCORRENCIA - PRISÃO CAUTELAR - INSTITUTO COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5., LVII) - CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - MERA FACULDADE JUDICIAL - ORDEM DENEGADA. 1. A reconstituição do crime configura ato de caráter essencialmente probatório, pois destina-se pela reprodução simulada dos fatos - a demonstrar o *modus faciendi* de prática delituosa (cpp, art. 7.). O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. o magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a autoincriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato provido de indiscutível eficácia probatória concretizador da reprodução simulada do fato delituoso. A reconstituição do crime, especialmente quando realizada na fase judicial da persecução penal, deve fidelidade ao princípio constitucional do contraditório, ensejando ao réu, desse modo, a possibilidade

Entretanto, a prerrogativa do silêncio não reina de forma absoluta, tanto o Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal se posicionaram no sentido de não decretar a nulidade de ato processual pelo simples fato de os agentes estatais não mencionarem, antes do interrogatório, que o paciente possui o direito de permanecer calado, contanto que o ato em análise não gere prejuízo ao acusado ou investigado. Assim se manifestou o STJ no HC Nº 117.830 - SP (2008/0221884-2), sob relatoria do Ministro Adilson Vieira Macabu.¹³⁹

No mesmo sentido, o STJ corroborou posicionamento anterior no HC Nº 157.721 - SP (2009/0247260-4), de relatoria do Ministro Jorge Mussi.¹⁴⁰

Ainda nessa seara, o HC Nº 178.141 - MS (2010/0122360-8), de relatoria do Ministro Jorge Mussi, e o Recurso ordinário em Habeas Corpus 107.915 - SP, sob

de a ela estar presente e de, assim, impedir eventuais abusos, descaracterizadores da verdade real, praticados pela autoridade pública ou por seus agentes. Não gera nulidade processual a realização da reconstituição da cena delituosa quando, embora ausente o defensor técnico por falta de intimação, dela não participou o próprio acusado que, agindo conscientemente e com plena liberdade, recusou-se, não obstante comparecendo ao ato, a colaborar com as autoridades públicas na produção dessa prova. A legitimidade jurídico-constitucional das normas legais que disciplinam a prisão provisória em nosso sistema normativo deriva de regra inscrita na própria carta federal, que admite - não obstante a excepcionalidade de que se reveste o instituto da tutela cautelar penal (art. 5., Ix). O princípio constitucional de não culpabilidade, que decorre de norma consubstanciada no art. 5., LXIII, da constituição da república, não impede a utilização, pelo poder judiciário, das diversas modalidades que a prisão cautelar assume em nosso sistema de direito positivo. O réu pronunciado ainda que primário e de bons antecedentes nenhum direito tem a obtenção da liberdade provisória. A preservação do status libertatis do acusado traduz, nesse contexto, mera faculdade reconhecida ao juiz. (HC 69026, relator(a): min. Celso de Mello, primeira turma, julgado em 10/12/1991, dj 04-09-1992 pp-14091 ementa vol-01674-04 pp-00734 rtj vol-00142-03 pp-00855).

¹³⁹ **HABEAS CORPUS . TRÁFICO. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE RELATIVA.** 1. No Processo Penal, não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. 2. *In casu*, não se verifica a ocorrência de qualquer prejuízo, uma vez que, embora não informado do seu direito ao silêncio, no início do interrogatório, o paciente afirmou dele ter ciência, optando, espontaneamente, pela própria versão dos fatos narrados, exercendo, assim, a sua autodefesa. 3. Ordem denegada.

¹⁴⁰ **HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. SISTEMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA COM BASE EM PROVAS COLHIDAS NO CURSO DA AÇÃO PENAL. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.** 1. Dúvidas não há de que a Constituição Federal, em seu art. 5.º, LXIII, e o Código de Processo Penal, em seu art. 186, e seu parágrafo único, conferem ao acusado o direito ao silêncio ou à não autoincriminação, ao permitir que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso enseje apenação criminal ou mesmo valorização negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados, pois ao depor não está o réu obrigado a se autoincriminar. 2. O Juízo singular, na sentença condenatória, sequer mencionou o exercício, pelo paciente, de seu direito ao silêncio perante a autoridade policial, fazendo cotejo entre a negativa em juízo e as provas produzidas para concluir pela autoria do delito. 3. Não há constrangimento ilegal e, portanto, não há que se falar em nulidade do acórdão impugnado ou absolvição do paciente, se a Corte *a quo* indicou precisamente os elementos em que se baseou para chegar à conclusão da sua condenação, não se podendo concluir que esta tenha se dado em razão de seu silêncio na fase extrajudicial. 4. Ordem denegada.

relatoria do Ministro Luiz Fux confirmam a ideia de que não há que se falar em nulidade de ato processual se dele não geram prejuízos, ou seja, mesmo quando não advertido do seu direito constitucional de permanecer calado, o paciente não poderá requerer a anulação do processo se não obtiver prejuízo relevante.

Assim, defende FUX¹⁴¹:

“As garantias da ampla defesa e do contraditório restam observadas, não prosperando o argumento de que a falta de advertência no interrogatório, sobre o direito dos réus permanecerem calados, seria causa de nulidade apta a anular todo o processo penal, nos casos em que a higidez do ato é corroborada pela presença de defensor durante o ato, e pela opção feita pelos réus de, ao invés de se utilizarem do direito ao silêncio, externar a sua própria versão dos fatos, contrariando as acusações que lhes forem feitas, como consectário de estratégia defensiva. A falta de advertência sobre o direito ao silêncio não conduz à anulação automática do interrogatório ou depoimento, restando mister observar as demais circunstâncias do caso concreto para se verificar se houve ou não constrangimento ilegal (HC 88.950/RS, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 25/09/2007, HC 78.708/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 09/03/1999, RHC 79.973/MG, Relator Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgamento em 23/05/2000).”

Recentemente, ao julgar monocraticamente o HC 115767, a excelentíssima Ministra Rosa Weber proferiu breve, porém brilhante e aprofundado relato sobre o direito ao silêncio, revelando grande conhecimento sobre o tema, principalmente sobre suas origens e sua aplicação no direito comparado. Na decisão do referido Habeas Corpus, a Ministra considerou que no Brasil é comum buscar-se no direito ao silêncio prerrogativa contrária à própria história do instituto e diversa do que o direito comparado usualmente adota. Mais especificamente, a Ministra critica a ideia de que através do disposto no artigo 5º inciso LXIII da Constituição Federal pode o acusado se eximir de, por exemplo, submeter-se a colheita compulsória de material genético, pois, desse modo, não estariam sendo respeitadas as características peculiares da garantia do silêncio enquanto direito historicamente conquistado.¹⁴²

¹⁴¹ Recurso ordinário em Habeas Corpus 107.915, São Paulo, STF, Relator Min. Luiz Fux.

¹⁴² Nesta oportunidade decidiu a Ministra Rosa Weber que: Inegável que o direito ao silêncio é uma das vigas mestras do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Em sua origem tinha profunda conotação religiosa, sendo apontado texto de São João Crisóstomo como principal fonte da máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*. O texto, inserido no *Decretum* de Gratian, estabelecia: “Eu não digo que vocês devem trair-se a si mesmos em público ou acusar a si mesmos perante outros, mas que vocês devem obedecer o profeta quando disse: ‘Revele seus atos perante Deus’”. Comentaristas medievais leram essas palavras como estabelecendo um argumento jurídico: homens e mulheres devem confessar seus pecados a Deus, mas eles não devem ser compelidos a revelar seus crimes a mais ninguém. A técnica jurídica usual do *ius commune*, lendo textos a contrario sensu, levava a essa conclusão. Se os cristãos estavam sendo comandados a revelar seus pecados a Deus, como conclusão contrária eles estavam sendo comandados a não revelar seus pecados a outros homens. (HELMHOLZ, R. H. The privilege and the *ius commune*: The middle ages

Desse modo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros adota, em grande medida, a garantia do silêncio como garantia doutrinariamente construída da não produção de prova contra si mesmo. No entanto, o recente posicionamento da Ministra Rosa Weber na decisão do HC 115767, nos revela que diferente postura pode estar nascendo no seio da nossa Corte Maior, no sentido de ver o Direito ao Silêncio com os olhos mais voltados para a sua construção histórica e com base no

to the Seventeenth Century. In: HELMHOLTZ, R. H. (org.) *The privilege against self-incrimination: Its origins and development*, Chicago & London: University of Chicago Press, 1997, p. 26.)". Também como pano de fundo, o direito ao silêncio firmou-se como característica diferenciadora de dois modelos de processo penal, um, o inglês, no qual os direitos do acusado eram relativamente resguardados, outro, o continental europeu, fundado na prática de extração mediante tortura de confissões involuntárias do investigado. O direito estava associado, então com culpa por crimes de consciência, de crença ou de associação. Em sentido amplo, não era tanto uma proteção aos culpados ou mesmo aos inocentes, mas uma proteção da liberdade de expressão, da liberdade política e do direito de professar a fé religiosa segundo sua própria consciência. (LEVY, Leonard W. *Origins of the Bill of Rights*. New Haven and London: Yale University Press. p. 281)" No Brasil, o direito ao silêncio teve reconhecimento um pouco mais tardio, contemplado que foi no Código de Processo Penal de 1941 e elevado a garantia constitucional apenas com a Constituição de 1988. Na atualidade, o direito ao silêncio não mais está tão intimamente relacionado às liberdades básicas de expressão, políticas e religiosas. Não obstante, ainda cumpre a importante função de prevenir a extração de confissões involuntárias no processo penal. Com base nessa compreensão da função do direito o silêncio, ele não tem sido invocado, no Direito Comparado, como óbice à colheita compulsória de material biológico do acusado ou do investigado para fins de exame no processo penal. Nos Estados Unidos, um dos berços históricos do direito ao silêncio, tem-se como corrente a possibilidade de colheita desse tipo de material sem o assentimento do investigado ou do acusado e que essa espécie de prova não constitui qualquer violação ao direito ao silêncio. De *Fisher v. USA*, 425 U.S 391, 96 S.Ct. 1569, 48 L.Ed.2d 39 (1976) da Suprema Corte norte-americana, extraio o seguinte trecho: "Está também claro que a Quinta Emenda [que contempla o direito ao silêncio] não proíbe a produção compulsória de toda espécie de prova incriminatória, mas é aplicável somente quando o acusado é compelido a realizar comunicação de cunho testemunhal que é incriminatória. Nós temos, de acordo com esse entendimento, negado a extensão do privilégio para entrega compulsória de amostras de sangue, material grafotécnico, amostras de voz ou a entrega compulsória de blusa utilizada por um violador." Também no Direito Continental europeu não se tem, em geral, o direito ao silêncio como obstáculo à colheita compulsória de material biológico do investigado ou do acusado no processo penal. No Direito Alemão, pode ser citado o parágrafo 81a do Código de Processo Penal Alemão, que permite a coleta de material corporal do acusado para produção de provas importantes no processo. Em Portugal, os arts. 61, n.º 3, e 172, n.º 1, do Código de Processo Penal lusitano, estabelecem a obrigatoriedade do acusado ou do investigado em submeter-se às diligências de prova e a possibilidade de que seja compelido à submeter-se à exame pericial. Para espantar qualquer dúvida, a Corte Européia de Direitos Humanos, em *Saunders v. United Kingdom*, de 1996, já teve oportunidade de afirmar que o direito ao silêncio não previne a colheita compulsória de material biológico do acusado ou investigado no processo penal: "O direito a não autoincriminação está primordialmente relacionado, no entanto, com o respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Como usualmente entendido no sistema legal dos Estados Partes da Convenção [Européia de Direitos Humanos] e em outros lugares, ele não se estende ao uso, no processo criminal, de material que pode ser obtido do acusado por meio de poderes compulsórios, mas que tem existência independente da vontade do suspeito como, entre outros, documentos apreendidos por mandado, amostras de hálito, sangue e urina e tecidos corporais para fins de exame de DNA." Assim, apesar de não serem incomum manifestações vulgares no Brasil de que o direito ao silêncio preveniria a colheita compulsória de material biológico do investigado ou do acusado, concluo que se tratam de afirmações acríicas a respeito do instituto e que ignoram a origem histórica, a função atual e a compreensão dele no Direito Comparado. (HC 115767, Relator: Ministra Rosa Weber, julgamento: 16/11/2012).

que ocorre no direito comparado, em especial no Direito Norte-Americano aplicado pela Suprema-Corte.

CONCLUSÃO

Inegavelmente, o Direito ao Silêncio constitui importante prerrogativa constitucional do acusado ou do investigado no exercício de seus direitos referentes à defesa na persecução penal encabeçada pelo Estado.

O resguardo do íntimo dos pensamentos possui origem histórica ligada a uma ideia religiosa: a de que os homens não precisariam se trair uns perante os outros em público, confessando deliberadamente a prática de algum ilícito, mas somente perante Deus. Com o passar do tempo, a prerrogativa do silêncio foi ganhando contornos mais definidos e precisos e sendo respeitada em grande parte do globo. Atualmente, pode ser considerada uma das vigas mestras do processo penal em um Estado Democrático de Direito, ao estabelecer um verdadeiro limite impositivo à atividade investigativa do Estado durante o processo de descobrimento da verdade real dos fatos.

No entanto, no Brasil, doutrinariamente criou-se uma visão um tanto quanto distorcida do instituto no sentido de permitir que o acusado ou o investigado se exima de participar de todo ou qualquer procedimento ou diligência que possa produzir provas prejudiciais à defesa no curso da Ação Penal. Dessa forma, nasceu no seio da celeuma acerca do silêncio do réu verdadeiro Direito genérico de não produção de provas contra si mesmo.

Em âmbito jurisdicional, os tribunais superiores têm aceitado essa visão “brasileira” do Direito ao Silêncio, sepultando a efetividade de certas medidas, necessárias ao descobrimento da verdade dos fatos, que necessitem da cooperação do réu, dificultando, a atividade investigativa do Estado a despeito do que ocorre no Direito Comparado.

Na doutrina norte-americana e nos julgados da Suprema Corte, por exemplo, o Direito ao Silêncio é visto como a mera faculdade do réu de permanecer calado. Sendo que se for necessário compeli-lo a produzir outros tipos de provas necessárias ao adequado prosseguimento da Ação Penal, a Suprema Corte em vários julgados já se posicionou no sentido de autorizar a diligência, em especial os já citados: *Holt vs. US (1910)*; *Fisher vs. US (1976)* e *Schmerber vs Califórnia (1966)*. Tal posicionamento também pode ser encontrado nos ordenamentos jurídicos de países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha.

Cabe destacar que importante doutrina contrária a essa visão distorcida do instituto vem se firmando dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de MORO e PACELLI, a excelentíssima ministra Rosa Weber, no julgamento do HC 115767, posicionou-se no sentido de respeitar o Direito ao Silêncio com os olhos voltados para o histórico do instituto e no estrito respeito ao texto legal, ou seja, conferindo ao acusado ou ao investigado o direito puro e simples de permanecer calado.

Assim, apesar de forte doutrina e posicionamento jurisprudencial corroborando uma aplicação ampliativa do instituto, a discussão jurídica não está definida, visto que não existe qualquer base normativa expressa em nosso ordenamento para corroborar a extensão do Direito ao Silêncio para um Direito genérico de não produção de provas contra si mesmo. Optou o constituinte originário, ao elaborar o inciso LXIII do artigo 5º da nossa Lei Maior, por estabelecer apenas que “o preso será informado de seus direitos, dentro os quais o de permanecer calado”, o que claramente tutela, apenas, provas incriminatórias de natureza estritamente verbal. Sendo que a exigência de colaboração na produção de certas provas não comunicativas (se relevantes, pertinentes e necessárias ao descobrimento da verdade real dos fatos) não estará em desconformidade com o texto constitucional ou com a lei se não violar o íntimo dos pensamentos do acusado.

Portanto, devido a análises históricas, comparativas e legais, o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da nossa Lei Maior, *data máxima vênia*, não deve ser fator impeditivo para a cooperação do acusado na produção de certas provas necessárias ao descobrimento da verdade real dos fatos dentro do processo penal, pois o que é protegido em âmbito normativo é o direito de permanecer calado.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 1992.
- ALMEIDA, Ângela Mendes de. **O gosto do pecado: casamento e sexualidade nos manuais de confessores dos séculos XVI e XVII**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I**. *Rio de Janeiro: Typ. Do instituto philomathico, 1870.*
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4.ed.v.1. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- ALSCHULER, Albert W. A. **A peculiar privilege in historical prespective**. In: HELMHOLZ, R. H. (org.) *The Privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.
- AZEVEDO, David Teixeira. **O interrogatório do réu e o direito ao silêncio**. *Revista dos tribunais*, São Paulo. V. 682. 1992.
- BAIGENT, Michael. **A inquisição**. Rio de Janeiro: Imago. Ano 2001.
- BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.
- BIORA, Luiz Roberto. **Lições de direito constitucional**. 3ª edição. Concursos CEC e editora. 2010.
- BIZZOTTO, Alexandre: RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências**. Goiânia: AB, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Editora: Almedina. 7ª edição. 2003.
- CHIAVARIO, Mario, e DELMAS-MARTY, Mireille. **Procedure Penali D'Europa**. Editora CEDAM. Padova, 1998.
- COTRIM, Gilberto. **História Geral**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Augusto Silva. RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não autoinculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contraordenacional português**. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra editora, 1974, v.1.

DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio**: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, in Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.5, n.19.

DOTTI, René Ariel. **Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório**. Revista dos Tribunais, São Paulo. V. 775, p. 426, maio de 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998.

HELMHOLZ, R. H. (org.). **The privilege against self-incrimination**: its origins and development. Chicago: The Uniesity of Chicago Press, 1997.

IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e constituições brasileiras**. Rio de janeiro: Editora Brasiliense. 1986.

LE ROUX, Patrick. **O Império Romano** – Onde a vida pública era privada. 1ª ed. 2009.

LEVY, Leonard W. **Origins of the Bill of Rights**. New Haven and London: Yale University Press.1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Uma introdução à história social e política do processo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Processual Penal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. 1951.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas. Bookseller, 1997, v.1 e 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. Editora: Saraiva. 4ª edição. 2012.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 1998.

MORO, Sérgio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**, in Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, vol.853, novembro de 2006.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de dinheiro.** Editora Saraiva, ano 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 10ª edição, 2008.

PEREIRA, Giele Mendes. **O silêncio do acusado no processo penal brasileiro.** Curitiba, 2001. 211f. dissertação (mestrado em direito) – setor de ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas.** 2ª edição, 2004.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal).** São Paulo: saraiva, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência.** Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio d Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** 2ª edição: São Paulo: Companhia das letras, 1995.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado.** Rio de Janeiro: Alba, 1942.

ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2001.

RUSSOMANO, Rosah. **Lições de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Editora José Konfino. 1970.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15ª ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**: due process of Law. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto alegre: livraria do advogado editora, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 12^a ed. rev.e atual. São Paulo: saraiva, 1993.

TOVIL, Joel. **A proteção contra a autoacusação compulsória aplicada à persecução penal**. Revista magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n.22, 2008.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de janeiro: Forense, 1998.